D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

http: //cervantesvirtual.com/portales/doxa/

«Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho» es una publicación de carácter anual dirigida a filósofos y teóricos del Derecho, de la moral y de la política.

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© DEPARTAMENTO DE FILOSOFÍA DEL DERECHO
UNIVERSIDAD DE ALICANTE

© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03

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

Diseño de cubierta: n estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2007
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, 2006

ÍNDICE

Pág.

Sobre los derechos humanos
On Human Rights

Luigi Ferrajoli:
Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales
Constitutional Protection of Fundamental Rights 15

Gianluigi Palombella:
El abuso del Derecho, del poder y del «rule of law»
The Abuse of a Right, of Power, of the Rule of Law 33

Maria Vittoria Ballestrero:
Igualdad y acciones positivas. Problemas y argumentos de una discusión infinita
Equality and Affirmative Action. Problems and Arguments of an Endless Debate 59

Ángel Puyol González:
¿Qué hay de malo en la discriminación?
What's Wrong about Discrimination? 77

José Luis Pérez Triviño:
El Holocausto y la responsabilidad: altruismo limitado y dilemas trágicos
The Holocaust and Responsibility: Limited Altruism and Tragic Dilemmas 93

Osvaldo Guariglia:
La defensa de los derechos humanos económicos y sociales y los límites de la intervención judicial
The Defense of Social and Economic Human Rights and the Limits of Judicial Intervention 109

Pág.

Homenaje a Norberto Bobbio
An Homage to Norberto Bobbio

Michelangelo Bovero:
El liberalsocialismo para Bobbio y para nosotros
Liberal Socialism according to Bobbio and to Us 123

Agustín Squella:
Bondad de la racionalidad. Un homenaje a la memoria de Norberto Bobbio
The Goodness of Rationality. An Homage to the Memory of Norberto Bobbio 131

Artículos
Articles

Joseph Raz:
El problema de la autoridad: de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio
The Problem of Anthority: Revisiting the Service Conception 141

Ángeles Ródenas:
La concepción de la autoridad como servicio puesta a prueba
The Service Conception of Authority Tested 177

Jesús Delgado Echevarría:
Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles
Notes on the Social Efficacy of Different Kinds of Civil Legal Norms..... 195

M. Leonor Suárez Llanos:
El sueño de la codificación y el despertar del Derecho
The Dream of Codification and the Awakening of Law 219

Michele Taruffo:
Poderes probatorios de las partes y del juez en Europa
Probative Powers of the Parties and of the Judge in Europe 249

Rodolfo Vigo:
Ética judicial e interpretación jurídica
Judical Ethics and Legal Interpretation 273

Claudia Roesler:
Theodor Viehweg: ¿un constitucionalista adelantado a su tiempo?
Theodor Viehweg: A Constitutionalist Ahead of his Time? 295

Pág.

Julio Montero:
La concepción de la democracia deliberativa de C. Nino: ¿populismo moral o elitismo epistemológico?
C. Nino's Conception of Deliberative Democracy: Moral Populism or Epistemological Élitism? 319

François Ost:
El reflejo del Derecho en la literatura
Law Mirrored in Literature 333

Quintín Racionero:
La palabra persuasiva. Centros de interés de la* Retórica *de Aristóteles
Persuasive Speech. Centres of Interest in Aristotle's Rhetoric 349

Antonio Rivera García:
***El republicanismo de Cicerón: Retórica, Constitución mixta y ley natural en* De re publica**
Cicero's Republicanism: Rhetoric, Mixed Constitution, and Natural Law in De re publica 367

Notas
Notes

Robert Alexy:
Aleksander Peczenik, 1937-2005
Aleksander Peczenik, 1937-2005 389

Celso Lafer:
Un homenaje a Miguel Reale (1910-2006)
An Homage to Miguel Reale (1910-2006) 393

Jesús Delgado Echevarría:
Las* leges irritantes *en* De Legibus *de Francisco Suárez como normas de competencia
The leges irritantes *in Francisco Suarez's* De Legibus *as Power Conferring Rules*... 405

Artur Stamford:
Etnométodos y decisión jurídica: el Derecho estatal como vía para la concreción de los derechos humanos. Una propuesta metodológica
Ethnomethods and Legal Decision. State Law as a Way to Human Rights Specification. A Methodological Proposal 423

Pág.

Manuel José Arias Eibe:
Funcionalismo penal moderado o teleológico-valorativo* versus *funcionalismo normativo o radical
Moderate or Teleological-Evaluative Criminal Functionalism versus *Radical or Normative Functionalism* 439

J. R. Cossío:
Voto particular sobre «Lógica y premisas implícitas en las contradicciones entre tesis»
Dissenting Opinion on «Logic and Implicit Premises in Contradictions between Theses» 455

Manuel Atienza:
Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador
Ten Pieces of Advice for Arguing Well, or the Good Arguer's Decalogue 473

Entrevista
Interview

Manuel Atienza:
Entrevista a Neil MacCormick
Interview to Neil MacCormick 479

SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS

LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Luigi Ferrajoli

Universidad de Camerino (Italia)

RESUMEN. Una necesaria redefinición de la democracia, sobre la base de la redefinición de la soberanía popular, permite concluir que las garantías de los derechos fundamentales son garantías de la democracia. Ésta, por tanto, comprende cuatro dimensiones: las primeras dos "formales", relacionadas con los derechos-poder de autonomía *política* y *civil;* las otras dos "sustanciales", relacionadas con los derechos de *libertad* y *sociales.* Las garantías constitucionales se vinculan con la rigidez de la Constitución y consisten en las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas positivas o negativas normativamente establecidas. Existen pues, de una parte, *"garantías positivas"* y *"garantías negativas".* De otra parte, cabe distinguir entre *"garantías primarias"* (la suma de las anteriores) y *"garantías secundarias"* (de justiciabilidad, las cuales intervienen en caso de violaciones de la expectativa normativa y de sus garantías primarias).

Palabras clave: Derechos fundamentales, garantías, democracia.

ABSTRACT. If we take the redefinition of the sovereign will of the people as a starting point, a necessary redefinition of democracy leads us to the conclusion that what guarantees fundamental rights also guarantees democracy. This redefinition is, then, made up of four dimensions: the first two are "formal", related to the rights-power of *political* and *civil* autonomy; whilst the other two are "substantial", related to *social* rights and the right to *freedom.* Constitutional guarantees are linked to the inflexibility of the Constitution and consist in the obligations and prohibitions which correspond to the positive and negative expectations established by norms. Thus, on the one hand, there are *"positive guarantees"* and *"negative guarantees"* and, on the other hand, a distinction can be drawn between *"primary guarantees"* (the sum of those above) and *"secondary guarantees"* (those of justiciability, which come into effect when normative expectation and its primary guarantees are violated).

Keywords: Fundamental Rights, guarantees, democracy.

1. LAS CONCEPCIONES PURAMENTE FORMALES DE LA DEMOCRACIA

Antes de afrontar el problema de las garantías constitucionales de los derechos fundamentales, me parece oportuna una reflexión sobre la noción de *democracia.* Según la concepción ampliamente dominante, la democracia consiste en un método de formación de las decisiones públicas: precisamente, en el conjunto de reglas que atribuyen al pueblo o, mejor, a la mayoría de sus miembros, el poder, directo o mediatizado por representantes, de asumir tales decisiones. Ésta no es sólo la acepción etimológica, sino también la concepción de "democracia" casi unánimemente compartida por la mayor parte de las teorías de la democracia: desde KESEL hasta BOBBIO, desde SCHUMPETER hasta DAHL, desde POPPER hasta WALDRON [1]. Es también la concepción prevaleciente en la actual filosofía jurídica, como al parecer aflora en las múltiples críticas dirigidas a mí en el marco de dos recientes discusiones en torno a mis tesis: aquella sobre los derechos fundamentales, desarrollada en las páginas de la revista *Teoria politica* entre 1998 y 2000, y aquella —muy reciente— publicada en el volumen *Galantismo,* al cuidado de Miguel CARBONELL y de Pedro SALAZAR [2].

En base a esta concepción, la fuente de legitimación democrática de los poderes públicos es únicamente la autonomía, es decir, la libertad positiva consistente en el «gobernarse a sí mismo» y «en el que no dependa de otro sino de uno mismo la reglamentación de la propia conducta» [3]: en el hecho, en otras palabras, de que las decisiones sean tomadas, directa o indirectamente, por los mismos destinatarios, o más exactamente, por la mayoría de ellos y sean, por eso, expresión de la "voluntad" y de la "soberanía popular". Podríamos llamar *formal* o *procedimental* a esta noción de democracia [4]. En efecto, ella identifica a la democracia simplemente sobre la base de

---

[1] Recuérdense KELSEN, H., 1929: «Essenza e valore della democrazia», trad. it. en Id., 1981: *La democrazia,* Bologna: Il Mulino; POPPER, K., 1945: *La società aperta e i suoi nemici,* trad. it., 1973, Roma: Armando; SCHUMPETER, J. A., 1954: *Capitalismo, socialismo e democrazia,* trad. it., 1955, Milano: Edizioni di Comunità; BOBBIO, N., 1984: *Il futuro della democrazia. Una difesa delle regole del gioco,* Torino: Einaudi; SARTORI, G., 1957: *Democrazia e definizioni,* Bologna: Il Mulino; DAHL, R., 1989: *La democrazia e i suoi critici,* trad. it., 1990, Roma: Editori Riuniti; BOVERO, M., 2000: *Contro il governo dei peggiori. Una grammatica della democrazia,* Roma-Bari: Laterza.

[2] Véase, en particular, PINTORE, A., 2000: «Diritti insaziabili», en *Teoria politica,* n. 2, pp. 3-20, o en FERRAJOLI, L., 2001: *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico,* al cuidado de VITALE, E., Roma: Laterza, pp. 179-200. Véanse también los ensayos de Pedro SALAZAR UGARTE, de Pablo DE LORA y de Andrea GREPPI y, si bien en términos problemáticos, de Alfonso RUIZ MIGUEL en CARBONELL, M., y SALAZAR, P. (eds.) 2005: *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento juridico de Luigi Ferrajoli,* Madrid: Editorial Trotta.

[3] BOBBIO, N. (1954): *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri,* o en *Teoria generale della politica,* al cuidado de BOVERO, M., 1999, Torino: Einaudi, p. 230, donde la autonomía es definida como el «poder de darse normas a sí mismos y de no obedecer otras normas que las dadas a sí mismos» (BOBBIO, 1999: p. 228). Es la noción rousseauniana de libertad como «l'obéissance à la loi qu'on s'est prescrite» (ROUSSEAU, J. J., 1762, *Du contrat social,* Paris: Garnier-Flammarion, liv. I, ch. 8, p. 56), criticada por KANT: «Mejor es definir mi libertad externa (es decir jurídica) como la facultad de no obedecer a otras leyes externas que no sean aquellas a las que yo he podido dar mi consentimiento», (1795 «Per la pace perpetua», sec. II, en *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto,* Torino: Utet, p. 292, nota); «la libertad legal [es] la facultad de no obedecer a otras leyes que no sean aquellas a las cuales ellos [los ciudadanos] han dado su consentimiento» ([1797] «Principi metafisici della dottrina del diritto», KANT, 1795: 46, p. 500).

[4] Para que no haya malos entendidos, viene bien precisar que "formal" es usado aquí con referencia a la "forma" de los actos normativos, en oposición a su "sustancia" o "contenido" o "significado prescriptivo" y, por tanto, a la dimensión formal de la validez y —consiguientemente— de la democracia, ligada justamente

las *formas* y de los *procedimientos* dirigidos a garantizar que las decisiones resultantes sean expresión, directa o indirecta, de la voluntad popular. La identifica, en otras palabras, en base al *qué* (el pueblo y sus representantes) y al *cómo* (la regla de la mayoría) de las decisiones, independientemente de los contenidos, es decir, de *qué cosa* se decida, aun si tales contenidos son antiliberales, antisociales e incluso antidemocráticos.

Intentaré, en esta oportunidad, refutar esta concepción simplificada de la democracia. Digo desde ya que es indudable que la dimensión formal de la democracia, como poder fundado sobre la voluntad popular, expresa un rasgo absolutamente necesario: una *conditio sine qua non,* en ausencia de la cual no se puede hablar de "democracia" en modo alguno. Sin embargo, ¿es ésta únicamente una condición necesaria? La definición de un término debe, por otro lado, indicar la condición no sólo necesaria sino también suficiente en presencia de la cual aquél es predicable de un argumento dado. ¿Es suficiente una connotación puramente formal de la democracia para identificar todas las condiciones en presencia de las cuales un sistema político es clasificable como "democrático" y, más específicamente, como una "democracia constitucional"? Pienso que no lo es. Expondré cuatro razones, correspondientes a otras tantas aporías, que exigen que aquélla esté integrada por límites y vínculos *sustantivos* o de *contenido,* como son típicamente los derechos fundamentales.

2. CUATRO APORÍAS EN LA CONCEPCIÓN PURAMENTE PROCEDIMENTAL DE LA DEMOCRACIA

La primera razón consiste en la falta de alcance empírico y, consecuentemente, de capacidad explicativa de una definición de democracia que, al identificar únicamente los rasgos formales, no está en condiciones de dar cuenta de las actuales democracias constitucionales, las que resultarían, en esa medida, no-democracias. Semejante definición —limitándose a exigir que los poderes públicos sean ejercitados por el pueblo en la forma que fuere, y configurando así la democracia como poder popular absoluto— ignora o abjura del paradigma del Estado de Derecho, que no admite la existencia de poderes no sometidos a la ley[5], y —más aún— del Estado constitucional de Derecho, conforme al cual son modeladas las actuales *democracias consti-*

---

al respeto de las formas de producción de las normas: en un sentido, por tanto, diverso a aquel según el cual el mismo término es usado por mí como predicado meta-teórico de los conceptos teóricos, es decir, para designar las connotaciones estructurales, independientes de los contenidos normativos denotados por los ordenamientos concretos.

[5] Un sistema "democrático" donde la soberanía popular no estuviese sujeta a la ley correspondería plenamente a la noción de estado absoluto definida por HOBBES: «el soberano de un estado, ya sea una asamblea o un hombre, no está sujeto a las leyes civiles. En efecto, al tener el poder de hacer y de abrogar las leyes, si quiere puede liberarse de la sujeción abrogando la ley que le estorba y haciendo una nueva» (2001, *Leviatano* [1651], trad. it., Milano: Bompiani, parte II, cap. XXVI, 6, p. 433); y más adelante: «Una cuarta opinión incompatible con la naturaleza del Estado es ésta: que quien tiene el poder soberano está sujeto a las leyes civiles... Un soberano no está sujeto a las leyes que él mismo —o sea, el Estado— hace, pues estar sujeto a las leyes es estar sujeto al Estado, es decir, a su representante soberano, que es precisamente él. La suya no es una sujeción, sino una libertad respecto de las leyes. Tal equivocación, al poner las leyes por sobre el soberano, pone también sobre él un juez y un poder que puede castigarlo, lo que supone construir un nuevo soberano y, de esta forma, por el mismo motivo, un tercero que castigue al segundo y así sucesivamente hasta el infinito, con la consecuente confusión y disolución del Estado» (HOBBES, 2001: 9: p. 529).

tucionales y dentro del cual no es en absoluto verdad que el poder popular sea ilimitado. En efecto, la novedad introducida por el constitucionalismo en la estructura de la democracia es que —en base a él— también el supremo poder legislativo es jurídicamente disciplinado y limitado, en consideración no sólo a las formas, predispuestas en garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también de la sustancia de su ejercicio, vinculado al respeto de aquellas específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos fundamentales. ¿Deberemos concluir, con arreglo a la definición formal de democracia únicamente como "poder del pueblo", que estos sistemas no son democráticos? ¿Que los derechos fundamentales sancionados en constituciones rígidas, siendo un límite heterónomo a la dimensión política de la democracia, son por tanto un límite a la democracia *tout court,* al punto que podrían devenir, siendo tendencialmente "insaciables", una negación de aquélla[6]? ¿O debemos afirmar, por el contrario, que precisamente en ausencia de tales límites, si bien podemos hablar de "democracia" en sentido puramente político o formal, no podemos ciertamente hablar de ella por lo que respecta a su forma compleja y hoy generalizada en todos los países avanzados: la "democracia constitucional"?

La segunda razón consiste en la escasa consistencia teórica de un concepto de democracia solamente formal que busque ser consecuente consigo mismo. Algún límite sustancial, en efecto, es necesario para la supervivencia de cualquier democracia. En ausencia de tales límites, relativos al contenido de las decisiones legítimas, una democracia *no puede* —o, cuando menos, *puede no*— supervivir: es siempre posible, en línea de principio, que con métodos democráticos se supriman, por mayoría, los mismos métodos democráticos: no solamente los derechos de libertad y los derechos sociales, sino también los mismos derechos políticos, el pluralismo político, la división de los poderes, la representación, en una palabra, el entero sistema de reglas en que consiste la democracia política. No hablo, obviamente, de una hipótesis académica: aludo a las terribles experiencias totalitarias del fascismo y del nazismo del siglo pasado, los cuales conquistaron el poder en forma democrática y después lo entregaron "democráticamente" a un caudillo que suprimió la democracia. Normalmente (pienso en las tesis de Norberto BOBBIO y Michelangelo BOVERO), esta objeción viene envuelta en la tesis de que los límites a la democracia asegurados por algunos derechos fundamentales son "condiciones", o "precondiciones", o "presupuestos" o "límites" de la democracia[7]. Sin embargo, una condición, cuando es considerada necesaria, equivale a un

---

[6] Es la tesis de PINTORE, 2000: pp. 179-200.

[7] Véase, por ejemplo, BOBBIO, 1984: *Il futuro della democrazia,* Torino: Einaudi, p. 6, que «también para una definición mínima de democracia, como es la que acojo», se requiere, conjuntamente con el sufragio universal y el principio de mayoría, una «tercera condición»: la posibilidad de elegir entre «alternativas reales» para cuya realización «se necesita que a los llamados a decidir se les garanticen los denominados derechos de libertad, de opinión, de expresión de la propia opinión, de reunión, de asociación, etc. Las normas constitucionales que atribuyen estos derechos no son propiamente reglas del juego: son reglas preliminares que permiten el desarrollo del juego». En el mismo sentido, véase BOVERO, 2000: cap. II, 6: pp. 38-41; BOVERO, 2002: «Democracia y derechos fundamentales», *Isonomía,* 16, abril, pp. 21-38, donde viene criticado el uso —para mí apropiado— de la palabra "democracia" para designar las connotaciones sustanciales impresas por los derechos fundamentales en la "democracia constitucional". Una crítica diversa —al uso del predicado "sustancial" asociado a "democracia" para designar esas mismas connotaciones— que fuera dirigida a mí en BOVERO, M., 1993: «La filosofia politica di Ferrajoli», en GIANFORMAGGIO, L. (al cuidado de), *Le ragioni del garantismo,* Torino: Giappichelli, pp. 399-406; cfr. mi respuesta, GIANFORMAGGIO, 1993: pp. 505-508.

requisito esencial y, por tanto, está necesariamente incluida, como condición *sine qua non,* en la definición del término a definir.

La tercera razón consiste en el nexo indisoluble, ignorado por la concepción puramente formal de la democracia, entre la soberanía popular, la democracia y las dos clases de derechos fundamentales que he llamado "sustanciales" [8]. Sobre todo los derechos de libertad. En efecto, la voluntad popular se expresa *auténticamente* sólo si puede expresarse libremente. Y puede expresarse libremente sólo a través del ejercicio, más allá del derecho a voto, de las libertades fundamentales por parte de todos y cada uno: de la libertad de pensamiento, de prensa, de información, de reunión, de asociación. Por esto, no hay soberanía popular sin derechos de libertad individual. Pues no solamente que la democracia política y la misma soberanía popular son amenazadas —también para las generaciones futuras, como diré más adelante— por la omnipotencia de la mayoría, sino que la una y la otra se realizan y se alimentan únicamente a través del ejercicio constante de los derechos fundamentales de libertad. Por otro lado, los derechos de libertad, a su vez, son efectivos en la medida en que son sostenidos por la garantía de los derechos sociales a prestaciones positivas: del derecho a la subsistencia y a la salud y, más obviamente aún, del derecho a la educación y a la información. Sin la satisfacción de estos derechos, no solamente los derechos políticos sino también los derechos de libertad están destinados a quedarse en el papel: por cuanto no hay participación en la vida pública sin garantía del mínimo vital, es decir, del derecho a la supervivencia, ni hay formación de voluntad consciente sin instrucción ni información.

La cuarta razón de la insuficiencia de una noción de democracia puramente formal viene dada por una aporía de carácter filosófico-político. Esta concepción formal o procedimental se erige, como se ha dicho, sobre la base de la connotación de la democracia como "auto-nomía" o "auto-gobierno" o "auto-determinación" popular, o sea, como libertad positiva del pueblo de no estar sujeto a otra decisión, y por tanto a otros límites o vínculos que los deliberados por sí mismo. Sin embargo, el pueblo es un sujeto colectivo, que no puede sino deliberar en mayoría y —además, en la democracia representativa— a base de la elección de sus representantes. La ecuación entre auto-nomía y método de decisión fundado sobre los principios de mayoría y representación envuelve, por tanto, una concepción comunitaria, organicista y holista de la representación y de la democracia basada sobre la idea —marcadamente ideológica, populista y, en último análisis, fascista— de que el pueblo es un "cuerpo político" [9], una suerte de organismo, un macro-sujeto dotado de una propia voluntad homogénea y que los principios de la representación y de la mayoría, antes que simples convenciones —con mayor idoneidad que las demás— para determinar los sujetos mayo-

---

[8] En FERRAJOLI, 2001: I, § 4, p. 19; III, § 2, p. 284.

[9] Recuérdense los célebres pasajes de ROUSSEAU: «Instantáneamente, en vez de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo, compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad. Esta persona pública que así se forma, por la unión de todos los demás, tomaba en otro tiempo el nombre de *ciudad* y toma ahora el de *república* o de *cuerpo político...* Respecto a los asociados, toman colectivamente el nombre de *pueblo*» (1966, liv. I, ch. VI, p. 52); «Mediante el pacto social hemos dado existencia y vida al cuerpo político; se trata ahora de darle el movimiento y la voluntad mediante la legislación» (ROUSSEAU, 1966: liv. II, ch. VI, p. 73).

ritariamente "representativos", son realmente la forma mediante la cual se expresa la voluntad general y unitaria del pueblo como sujeto unitario y orgánico [10]. Mientras que, si abandonamos esta insidiosa metáfora, debemos reconocer, como escribe Hans KELSEN en polémica con Carl SCHMITT, que una semejante voluntad unitaria no existe y su asunción ideológica sólo sirve para legitimar el poder absoluto de la mayoría, y quizás de su caudillo, y para ocultar la pluralidad de los intereses y de las opiniones y el conflicto de clases que atraviesan el considerado "pueblo" [11].

3. UNA REDEFINICIÓN DE LA SOBERANÍA POPULAR COMPATIBLE CON EL PARADIGMA DE LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL

El reconocimiento de estas aporías y, por tanto, de la insuficiencia de una definición solamente formal del concepto de democracia, impone a mi juicio una reconsideración radical de la relación entre pueblo y democracia, sobre la base de una redefinición de la noción de "soberanía popular" que sea compatible con la de "democracia".

De esto se sigue, sobre todo, que cualquier concepción de la soberanía como *potestas legibus soluta* está en contradicción no sólo con la idea de democracia constitucional sino con la idea misma de democracia, manifestada históricamente y lógicamente incompatible con la existencia de poderes soberanos o absolutos, incluida la omnipotencia de la mayoría del pueblo o de sus representantes [12]. Precisamente para sanear esta contradicción, por lo demás, el constitucionalismo se ha afirmado, en el siglo pasado, como garantía de la democracia, después de la experiencia de los fascismos que en forma políticamente democrática habían primero conquistado el poder y luego destruido la democracia. De aquí el nexo estructural entre democracia y constitucionalismo. El que un sistema político sea democrático supone que a la mayoría le sea constitucionalmente sustraído el poder de suprimir o de limitar la posibilidad de que la minoría llegue a ser mayoría, mediante límites y vínculos que establezcan aquello que Ernesto GARZÓN VALDÉS ha llamado el *"coto vedado",* es

---

[10] «Pero ¿qué cosa es este pueblo?», se pregunta KELSEN: «una pluralidad de individuos sin duda. Y parece que la democracia presupone, fundamentalmente, que esa pluralidad de individuos constituya una unidad, tanto más que el pueblo como unidad es —o debería teóricamente ser— no tanto objeto cuanto sujeto del poder. Sin embargo, apenas se toman en consideración los hechos sensibles, aquella unidad que aparece con el nombre de pueblo se presenta problemática. Fraccionado por contrastes nacionales, religiosos y económicos, el pueblo aparece, a los ojos del sociólogo, más bien como una multiplicidad de grupos distintos que como una masa coherente de uno y de un mismo estado de aglomeración» (1981: cap. II, pp. 50-51).

[11] KELSEN, H., 1931: «Chi deve essere il custode della costituzione?», trad. it. en KELSEN, 1981: *La giustizia costituzionale,* Milano: Giuffrè, pp. 275-276.

[12] Scrive CONSTANT, B., 1818-1819: «Principes de politique», en *Cours de politique constitutionnelle,* trad. it., 1970: *Principi di politica,* Roma: Editori Riuniti, cap. I, p. 54: «Cuando se afirma que la soberanía del pueblo es ilimitada», añade CONSTANT, «se crea y se establece en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande, que constituye un mal cualquiera sean las manos en las que se lo confíe. Ya se confíe a uno, a muchos o a todos siempre se obtendrá un mal. Se atacará a los depositarios de ese poder y, en su momento, según las circunstancias, se acusará a la monarquía, a la aristocracia, a la democracia, a los gobiernos mixtos, al sistema representativo. Se cometerá un error; no hay que acusar a los depositarios de la fuerza, sino al grado de ésta. Hay que exasperarse contra el arma y no contra la mano que la sostiene. Hay armas demasiado pesadas para los hombres»; CONSTANT, 1970: p. 60: «La soberanía el pueblo no es ilimitada; está circunscrita dentro de los confines trazados por la justicia y los derechos de los individuos. La voluntad de todo un pueblo no puede volver justo aquello que es injusto».

decir, una esfera de aquello que es "no decidible" por parte de ninguna mayoría. Sin embargo, está claro que estos límites y vínculos, impuestos a los poderes de la mayoría mediante la estipulación constitucional de derechos fundamentales y de las correspondientes garantías, no son normas formales, sino sustanciales, que tienen que ver con los contenidos de las decisiones, cuya validez sustancial —y no simplemente formal— condicionan, y que por tanto contradicen la tesis según la cual la democracia consistiría únicamente en un método, es decir, en las reglas procedimentales que aseguran la representatividad popular mediante el sufragio universal y el principio de mayoría.

Hay, sin embargo, dos significados que pueden ser asociados a la noción de "soberanía popular", relacionados el uno con la noción general de democracia, el otro con aquella más específica de democracia constitucional.

El primer significado de "soberanía popular" compatible con la democracia es el literal, referido al pueblo entero, el cual está expresado por ejemplo en el art. 1 de la Constitución italiana («La soberanía pertenece al pueblo») y en el art. 1 párr. 2 de la Constitución española («La soberanía popular reside en el pueblo español»)[13]. En este significado literal, el principio de la soberanía popular no es otra cosa que un principio de legitimación, en negativo, de la democracia política. Quiere decir, simplemente, que la "soberanía pertenece al pueblo" y *solamente* al pueblo; que reside en el pueblo y *solamente* en el pueblo. Esta misma idea estuvo en ROSSEAU, cuando afirmó que «la soberanía no puede ser representada, por la misma razón que no puede ser alienada, ella consiste esencialmente en la voluntad general, y la voluntad no se representa: o es ella misma, o bien es otra cosa; no hay vía intermedia»[14]. Esto quiere decir que el principio de la soberanía popular equivale a una *garantía negativa,* es decir, una prohibición para todos de usurparla: significa que ella, perteneciendo al pueblo entero, no pertenece a nadie más y ninguna persona o grupo de personas en particular —monarca o parlamento, presidente electo por el pueblo o asamblea representativa— puede apropiarse de ella[15]. En este sentido, el principio de la soberanía popular o nacional, con aparente paradoja, antes que presentarse reñido con el principio del Estado de Derecho, según el cual no existen poderes soberanos o *legubis soluti* en cabeza de ningún hombre o grupo de hombres distinto al pueblo entero, representa su primera garantía.

---

[13] «La souveraineté réside dans le peuple», declaró el art. 25 de la Declaración de los derechos preámbulo de la Constitución de 1793; y el art. 7 añade: «Le peuple souverain est l'universalité des citoyens français». Afirmaciones análogas se encuentran en casi todas las principales constituciones de hoy: en el art. 1 de la Constitución japonesa de 1946; en el art. 20 párr. 2 de la Constitución alemana de 1949; en el art. 3 de la Constitución francesa de 1958; en el art. 1 de la Constitución griega de 1975; en los arts. 1 y 3 de la Constitución china de 1975; en los arts. 1, 2 y 3 apartado 1.º de la Constitución portuguesa de 1976.

[14] ROUSSEAU, J. J., 1966: liv. III, ch. XV, p. 134.

[15] CONSTANT, B., 1818: «La sovranità del popolo e i suoi limiti», en *Principes de politique,* con sucesivos añadidos y variaciones, 1962: *Antologia degli scritti di Benjamin Constant,* al cuidado de ZANFARINO A., Bologna: Il Mulino, p. 59, nota 1: «El axioma de la soberanía del pueblo se considera un principio de libertad: es, más bien, un principio de garantía. Está destinado a impedir a un individuo apoderarse de la autoridad que, antes bien, pertenece a toda la sociedad; pero no decide nada sobre la naturaleza y los límites de esta autoridad». Recuérdese también el art. 3 de la Constitución francesa de 1958, que luego de establecer en el primer apartado que «la soberanía nacional pertenece al pueblo» afirma en el segundo apartado que «ninguna fracción del pueblo ni ningún individuo puede atribuirse su ejercicio».

El segundo significado que puede ser asociado a la expresión "soberanía popular", de acuerdo con el paradigma de la democracia constitucional, es aquel referido a su nexo con los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Ya se ha dicho que todos los derechos fundamentales dan forma y contenido a la "soberanía popular" y a la "voluntad popular", la cual no puede manifestarse auténticamente si no puede expresarse libremente, y no puede manifestarse auténticamente sin estar presidida por las garantías, no sólo de los derechos políticos, sino también de los derechos de libertad y de los derechos sociales. Por tanto, la fórmula «la soberanía pertenece al pueblo» quiere decir, en este segundo sentido, que aquélla pertenece al conjunto de los ciudadanos, es decir, a todas las personas de las cuales el pueblo se compone: pertenece, en suma, a todos y a cada de los ciudadanos. Mas esto significa, en concreto, que aquélla no es otra cosa que la suma de aquellos poderes y contrapoderes de todos —los derechos políticos, los derechos civiles, los derechos de libertad y los derechos sociales—, cuales son los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos: los que, por tanto, no son únicamente los límites de la democracia política, sino que son también la sustancia democrática, en cuanto se refieren al pueblo en un sentido mucho más concreto y penetrante que la mera representación política, es decir, a todos y cada uno de sus miembros de carne y hueso. Tales derechos equivalen, por tanto, en cabeza de cada una de las personas, a otros tantos fragmentos de la soberanía del pueblo entero. Por ello, cada una de sus violaciones no son únicamente una lesión de las personas que son titulares, sino que es una violación de la misma soberanía popular. Recordemos el famoso art. 34 de la Declaración antepuesta a la Constitución del 24 de junio de 1793: «Hay opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social es oprimido» [16].

4. LA RIGIDEZ DE LA CONSTITUCIÓN Y LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Llego, así, al tema de mi ponencia. Si todo esto es verdad, las garantías constitucionales de los derechos fundamentales son también garantía de la democracia. Varias veces he desagregado la noción de democracia constitucional vinculándola con las cuatro clases de derechos en las cuales he dividido la categoría de derechos fundamentales. La *democracia política,* asegurada por la garantía de los *derechos políticos;* la *democracia civil,* asegurada por la garantía de los *derechos civiles;* la *democracia liberal,* asegurada por la garantía de los *derechos de libertad;* la *democracia social,* asegurada por la garantía de los *derechos sociales.*

De aquí resulta una noción cuatridimensional de la democracia como modelo normativo que articula cuatro dimensiones: las primeras dos "formales", por cuanto son relativas a la forma democrática (al "qué" y al "cómo") de la decisión, la cual está ase-

[16] Es el principio expresado en el famoso art. 34 de la Declaración preámbulo de la Constitución del 24.6.1793: «Existe opresión contra el cuerpo social cuando uno solo de sus miembros es oprimido. Hay opresión contra cada miembro cuando el cuerpo social es oprimido». Recuérdese también el nexo entre "garantía social" de los derechos consistente en la "acción de todos" en su defensa y "soberanía nacional" instituido en el art. 23 de la *Déclarations des droits* preámbulo de la Constitución francesa del 24.6.1793.

gurada por los derechos-poder de autonomía política y civil; las otras dos "sustanciales", pues son relativas a la sustancia de la decisión (al "qué cosa" está permitido o no está permitido decidir), la cual está asegurada por los derechos sustanciales de libertad y sociales[17]. En este sentido, el garantismo, el cual es descomponible en sus cuatro dimensiones —política, civil, liberal y social, según la clase de derechos garantizados—, es la otra cara del constitucionalismo y forma el presupuesto de la democracia.

¿En qué cosa consisten las "garantías constitucionales"? Con esta expresión se alude normalmente a la "rigidez" de la Constitución, es decir, a la no modificabilidad de los principios, de los derechos y de los institutos en ella previstos si no es mediante procedimientos de revisión agravados, y al control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de las leyes ordinarias reñidas con aquélla. Se trata en realidad de una noción compleja, que aquí descompondré en varias nociones distintas: por un lado, la rigidez, que es un rasgo de la norma constitucional; por otro lado, el conjunto complejo y articulado de sus garantías, que requieren, a su vez, ser distinguidas y analizadas.

La *rigidez constitucional* no es, propiamente, una garantía, sino un rasgo estructural de la constitución ligado a su ubicación en el vértice de la jerarquía de las normas; de modo que las constituciones son rígidas por definición, en el sentido de que una Constitución no rígida no es, en realidad, una Constitución sino una ley ordinaria[18]. Se identifica, en suma, con el grado de las normas constitucionales supraordenado al de todas las otras fuentes del ordenamiento, es decir, con la normatividad de las primeras respecto de las segundas. Referida a las normas constitucionales que establecen aquellas expectativas universales que son los derechos fundamentales, ella confiere a éstos, por tanto, una doble normatividad: como expectativas negativas de su no derogación o violación y, junto a ello, como expectativas positivas de su ejecución[19].

La cuestión de la rigidez constitucional o, mejor, del grado de rigidez que está justificado asociar a una Constitución y, más precisamente, a los diversos tipos de normas constitucionales, remite por otra parte al problema del que he hablado hasta ahora, el de la relación entre democracia política y derechos fundamentales. Respecto de ella se contraponen —desde antiguo— dos tesis, la una garantista, la otra —por así decir— "democrática", sostenidas ambas con los valores asociados al poder y al acto constituyente: aquélla, sostenida por Benjamín CONSTANT, de la inmodificabilidad de al menos algunos principios de aquellos establecidos como fundamentales[20], pues no existiendo ningún poder constituido superior al poder constituyente, éste se agota con su ejercicio; y aquélla, que se remonta a SIEYÈS, de la permanente modificabilidad de

---

[17] Remito a FERRAJOLI, 2001: III, 6, pp. 318-320 y 2, pp. 282-288.

[18] Sobre los caracteres estructurales, o si se quiere "naturales" de la rigidez de la Constitución en cuanto tal, cfr. PACE, A., 1993: «La "naturale" rigidità delle costituzioni scritte», in *Giurisprudenza costituzionale,* pp. 4085 y ss., e PACE, A., 1996: *La causa della rigidità costituzionale. Una rilettura di Bryce, dello statuto albertino e di qualche altra costituzione,* Padova: Cedam.

[19] Sobre la noción de "derecho subjetivo" como expectativa positiva (a prestaciones) o negativa (a no lesiones), remito a FERRAJOLI, 2001: I, p. 5.

[20] Es la tesis, sostenida por CONSTANT, B., 1814: «Réflexions sur les costitutions», en CONSTANT, 1982: *Cours de politique constitutionnelle,* Genève-Paris: Slatkine, pp. 265 y ss., según la cual no son modificables por vía legislativa las normas sobre la forma de gobierno y las relativas a los derechos constitucionalmente establecidos.

cualquier principio constitucional por obra de un poder constituyente constantemente en práctica, como expresión permanente de la democracia política[21].

El argumento principal presentado en apoyo de esta segunda tesis es el de que una excesiva rigidez de la Constitución serviría para limitar los poderes constituidos de las generaciones futuras y, más en general, los principios de la democracia política: para "atarles las manos", como se ha dicho eficazmente. Es el argumento de la primacía de la voluntad popular, expresado en el art. 28 de la Constitución francesa de 1973, según el cual «Un pueblo tiene siempre el derecho de revisar, de reformar y de cambiar su Constitución» y «una generación no puede sujetar a sus leyes a las generaciones futuras».

Ahora bien, este argumento puede ser, en mi opinión, derribado. Ya he hablado de la valía sustancialmente democrática de los derechos fundamentales y de sus nexos con la soberanía popular en cuanto poderes y contrapoderes conferidos, sobre todo en el momento constituyente caracterizado por el velo de la ignorancia frente a contingentes intereses de parte, de todos y de cada uno, y por consiguiente del pueblo entero. El principio del constante derecho de todas las generaciones a decidir sobre su futuro puede ser, sobre esta base y con aparente paradoja, presentado en apoyo de la tesis exactamente opuesta a aquella de la existencia de un permanente y radical poder constituyente como expresión de la soberanía popular: en apoyo, precisamente, de la tesis de que verdaderamente la rigidez de la Constitución es, al mismo tiempo, expresión y garantía de la soberanía popular de las generaciones futuras y de los mismos poderes de las futuras mayorías. Precisamente con fundamento en esto, en efecto, debe ser impedida la revisión cuando menos de los principios constitucionales supremos, establecidos en salvaguardia permanente de la soberanía popular y de los poderes de la mayoría: como, por ejemplo, el método democrático, los derechos políticos y el sufragio universal, los mismos derechos de libertad y quizás los mismos derechos sociales, que forman el presupuesto elemental de los derechos políticos. La rigidez, en otras palabras, ata las manos de las generaciones —en su momento— presentes, para impedir que sean amputadas, por ellas, las manos de las generaciones futuras. De aquí resulta que un pueblo puede incluso decidir, democrática y contingentemente, ignorar o destruir la propia Constitución y encomendarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo en forma constitucional, invocando a favor de sí mismo el respeto de los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin con esto suprimir, con el método democrático, los mismos derechos y el mismo poder inherentes a la mayoría y a las generaciones del futuro.

---

[21] La tesis se remonta a SIEYÈS: «Una nación no puede alienar ni prohibirse el derecho de querer; y, cualquiera sea su voluntad no puede perder el derecho a cambiarla cuando su interés lo exija», 1992 (1788, *Che cosa è il terzo stato?,* trad. it., Roma: Editori Riuniti, cap. V, p. 59: El principio está además enunciado en el art. 1 del título VII de la Constitución francesa de 1971: «L'Assemblée nationale constituante déclare que la Nation a le droit imprescriptible de changer sa Constitution» (y a tal fin prevé, en los arts. 2-8, un procedimiento especial de revisión), y luego en el art. 28 de la Constitución francesa del 24 de junio de 1793: «Un peuple a toujours le droit de révoir, de réformer et de changer sa constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures». La misma tesis fue expresada por PAINE, T., 1791-1792: *Rights of Man,* trad. it., 1978: *I diritti dell'uomo e altri scritti politici,* al cuidado de MAGRI, T., Roma: Editori Riuniti, p. 122: «cada generación está y debe estar en grado de afrontar todas las decisiones requeridas por las circunstancias de su tiempo».

Aclarado el sentido de la rigidez de la Constitución, es fácil también aclarar la naturaleza de sus garantías constitucionales. Asumo aquí *"garantía"* en el significado varias veces convenido por mí[22]: para designar las obligaciones y las prohibiciones correspondientes a las expectativas positivas o negativas normativamente establecidas. Hablaré, por tanto, de *"garantías negativas"* para designar las prohibiciones correspondientes a las expectativas negativas, y de *"garantías positivas"* para designar las obligaciones correspondientes a las expectativas positivas. Hablaré además de *"garantías primarias"* para designar la suma de las garantías positivas y de aquellas negativas, y de *"garantías secundarias"* para designar las garantías de justiciabilidad, las cuales intervienen en caso de violaciones de la expectativa normativa y de sus garantías primarias.

5. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES NEGATIVAS, POSITIVAS, PRIMARIAS Y SECUNDARIAS

La tesis que intento sostener es que la rigidez de las normas constitucionales impone al legislador ordinario dos clases de *garantías constitucionales,* conectadas entre sí como las caras de una misma medalla y correspondientes a la doble naturaleza, de aspecto negativo y de aspecto positivo, que —como se ha dicho— revisten, en particular, los derechos fundamentales con ellas establecidos: por un lado, las *garantías negativas,* consistentes en la prohibición de derogar; por el otro, las *garantías positivas,* consistentes en la obligación de realizar lo dispuesto por ellas.

Las *garantías constitucionales negativas,* es decir, las consistentes en prohibiciones, son las de la inderogabilidad de la Constitución por parte del legislador ordinario, al cual impiden la producción de normas reñidas con ella. Aquéllas son dos: *a)* las normas sobre la revisión constitucional, que impiden cualquier revisión o que prevén, para la modificación de las normas constitucionales, procedimientos más agravados que aquellos previstos por las leyes ordinarias; *b)* las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad de los actos preceptivos reñidos con las normas constitucionales, por comisión o por omisión, por razones de forma o sustancia. En efecto, las normas de esta clase no se identifican con la rigidez, que como he dicho es un rasgo estructural de la Constitución, generada por su ubicación en el vértice de la jerarquía de las fuentes, sino con sus garantías negativas. Precisamente, las normas sobre la revisión son la *garantía negativa primaria,* consistente en la prohibición de la producción de normas de ley que violen o deroguen normas constitucionales, esté aquélla incondicionada o condicionada a la adopción de un procedimiento legislativo agravado. Las normas sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad son, en cambio, la *garantía negativa secundaria,* consistente en la anulación o en la inaplicación de las normas de ley reñidas con las normas constitucionales y, por tanto, en violación de su garantía negativa primaria.

Las *garantías constitucionales negativas primarias* representadas por las normas sobre la revisión pueden ser más o menos vinculantes, de acuerdo con el grado de rigidez de esa garantía: una rigidez absoluta, donde la revisión es radicalmente excluida

---

[22] Sobre la distinción entre "garantías primarias" y "garantías secundarias", remito a FERRAJOLI, 2001: I, § 2, p. 11, y FERRAJOLI, L., 1999: «Garanzie», in *Parole-chiave,* n. 19, pp. 15-32.

por ellas; una rigidez relativa, donde ellas predisponen formas más o menos agravadas de revisión. En el primer caso, hay *límites absolutos,* formulados en algunas constituciones —como la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791, el art. 79, apartado 3.º, de la Constitución alemana de 1949 y el art. 288 de la Constitución portuguesa de 1976— en términos relativamente precisos y taxativos [23]. En el segundo caso, hay *límites relativos,* lo que permite hablar de un grado más o menos elevado de rigidez relativa, de acuerdo con el grado de agravamiento del procedimiento de revisión previsto, respecto del procedimiento legislativo ordinario. Pero, además de los *límites explícitos* a la revisión dictados por la misma Constitución, existen también *límites implícitos,* hoy ampliamente reconocidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, como aquellos relativos al método democrático y a los derechos fundamentales. Por ejemplo, el art. 2 de la Constitución italiana declara "inviolables" los «derechos del hombre, ya como individuo ya en las formaciones sociales donde se desenvuelve su personalidad»; y una sentencia constitucional, la n. 1.146 de 1988, ha establecido la sustracción al poder de la revisión de los «principios supremos del ordenamiento», no expresamente enumerados por ella, aunque ciertamente identificados, en el plano teórico, con aquellos implícitos en la noción misma de constitución democrática y de rigidez constitucional.

Esta diferenciación de las garantías constitucionales negativas primarias, por otra parte, siempre se ha realizado (o no realizado) en ausencia de cualquier diseño teórico. Por el contrario, una ciencia de la Constitución debe, según mi parecer, teorizar y proponer diversos grados de rigidez de las diversas normas constitucionales, basados en su diversa relevancia democrática: por ejemplo, la rigidez absoluta de las normas que establecen el principio de igualdad, la dignidad de la persona y los derechos fundamentales, para los cuales estaría previsto el posible reforzamiento mas no la posible reducción, así como los principios de la representación política y de la separación de los poderes; formas más o menos agravadas de rigidez relativa para las normas sobre la organización y el funcionamiento de los poderes públicos; formas leves de rigidez relativa, en fin, para las normas menos importantes.

Por otro lado, también las *garantías constitucionales negativas secundarias,* consistentes en el control jurisdiccional de constitucionalidad, pueden ser más o menos incisivas. Históricamente, se han desarrollado dos tipos de control judicial sobre la legitimidad de las leyes: *a)* el control difuso, implantado en los Estados Unidos y en otros ordenamientos americanos, consistente en la inaplicación en el caso decidido —pero no en la anulación— de la norma inconstitucional, que queda —por ello— en vigor incluso después del reconocimiento de su ilegitimidad, salvo el valor de hecho vinculante del precedente, tanto más autorizado si procede de la Corte Suprema; *b)* el control concentrado, implantado en Italia y en muchos otros países europeos en la segunda posguerra sobre la base del modelo kelseniano adoptado por la Constitución austríaca

[23] El título I de la Constitución francesa del 3 de septiembre de 1791 establecía: «Le Pouvoir législatif ne pourra faire aucunes lois qui portent atteinte et mettent obstacle à l'exercice des droits nauturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution». El art. 79, III parágrafo de la Ley fundamental alemana de 1949 establece: «Está prohibida toda modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o la máxima de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los arts. 1 y 20». El art. 288 de la Constitución portuguesa enumera catorce materias puestas a salvo del poder de revisión.

de 1920, consistente en la anulación de las normas de ley inconstitucionales, reservada a una Corte constitucional —investida para resolver controversias como lo hace un juez en el curso de un juicio— cuando se trate de una cuestión relevante y no manifiestamente infundada.

De los dos modelos, el más eficaz es sin duda el segundo: «una Constitución que carece de la garantía de la anulación de los actos inconstitucionales —escribe KELSEN—, no es, en sentido técnico, completamente obligatoria»[24]. Pero también el segundo modelo, el del control concentrado de constitucionalidad experimentado en Europa, presenta múltiples límites: en el aspecto objetivo, dado que no revisa, por ejemplo en el Derecho italiano, cualquier acto normativo reñido con la Constitución sino solamente las fuentes primarias, es decir, las leyes ordinarias y todos los actos a ellas equiparadas; y en el aspecto subjetivo, dado que los legitimados para elevar la cuestión de inconstitucionalidad no son normalmente, como de nuevo en Italia, los sujetos lesionados por las normas sospechosas de ilegitimidad sino, incidentalmente, los jueces, si la consideran fundada y relevante en los casos sometidos a su juzgamiento. En cuanto al primer aspecto, el control bien podría ser extendido a actos no legislativos: como, por ejemplo, la participación en la guerra, cuyo solemne repudio, enunciado en el art. 11 de la Constitución italiana, salvo el caso de "defensa" previsto en el art. 52, no está asistido por ninguna garantía constitucional. En cambio, mucho más difícil y problemático, como diré más adelante, es la extensión del control de constitucionalidad a las lagunas, es decir, a las violaciones de la Constitución no por comisión (como son las antinomias generadas por normas inválidas), sino por omisiones: un control previsto por la Constitución portuguesa y por la brasileña que, sin embargo, encuentra un límite insuperable en la naturaleza del juicio de nulidad y caducidad del comprobado acto inválido, que es característica de la jurisdicción de legitimidad[25]. En cuanto al segundo aspecto, se precisaría extender a otros sujetos, además de los jueces *a quo,* la legitimación para elevar la cuestión de inconstitucionalidad. Pienso en el instituto del *juicio de amparo,* presente en muchos ordenamientos latino-americanos y accionable por cualquier individuo contra toda disposición lesiva de un derecho constitucionalmente establecido. Pero pienso, sobre todo, en la propuesta avanzada de Hans KELSEN, de la institución, junto a la Corte constitucional, de un procurador general, denominado por él «defensor de la Constitución», con la tarea de objetar la ilegitimidad de cualquier acto del Parlamento por él considerado inconstitucional[26].

---

[24] KELSEN, H., «La garanzia giurisdizionale della costituzione», en KELSEN, 1981: 22, p. 199: «Aunque en general no se tenga consciencia de ello», prosigue KELSEN, «una constitución en la cual los actos constitucionales, y en particular las leyes, permanecen válidos —ya que su constitucionalidad no es anulada— equivale, prácticamente, desde el punto de vista jurídico, a un deseo privado de fuerza obligatoria. Toda ley, reglamento o —incluso— acto jurídico general efectuado por los particulares tiene una fuerza jurídica superior a la de una constitución semejante, a la cual, sin embargo, dichos actos están subordinados y de la cual extraen su validez».

[25] El art. 283 de la Constitución portuguesa del 2.4.1976 y el art. 103 de la Constitución brasileña de 1988, dedicados a la «inconstitucionalidad por omisión» se limitan a prever el señalamiento de la laguna por parte del Tribunal Constitucional al órgano legislativo y, en el caso de la Constitución brasileña, la intimación a colmarla «dentro de treinta días».

[26] «Una institución del todo nueva, pero que amerita la más seria consideración es la de un defensor de la constitución ante el tribunal constitucional que, a semejaza del ministerio público en el procedimiento penal, debería iniciar de oficio el procedimiento de control de constitucionalidad respecto de los actos que consi-

6. LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL POSITIVA. LA LAGUNA DE GARANTÍA

Aún más importantes que las garantías constitucionales negativas son las garantías constitucionales positivas, extrañamente descuidadas, o —peor— ignoradas por la doctrina, a pesar de que son indispensables, en particular, para la efectividad de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos. Aquéllas consisten en la obligación, a la cual está vinculado el legislador en correspondencia con tales derechos, de establecer una legislación de ejecución: en suma, en la obligación de introducir las garantías primarias y secundarias correlativas a los derechos fundamentales estipulados.

Arribo así a la cuestión central del garantismo —la de la relación entre derechos fundamentales y garantías—, sobre la cual se ha desarrollado, en un reciente debate, una —ahora— ya vieja polémica. Me refiero a las críticas repetidamente dirigidas por Ricardo GUASTINI, por Danilo ZOLO y por Pablo DE LORA a mi tesis según la cual, en ausencia de garantías, es decir, de obligaciones de deberes correspondientes a los derechos constitucionalmente establecidos, no habría, como yo sostengo, una laguna, sino la inexistencia de los derechos establecidos. Habría finalmente, a despecho de su estipulación constitucional, la inexistencia no sólo de las garantías, sino también de los derechos en sí mismos [27].

No propondré de nuevo los términos de la cuestión entera. Me limito a poner de manifiesto que en la base de estas críticas hay la confusión entre derecho y garantía, avalorada por la autoridad de KELSEN. En efecto, según KELSEN, como sabemos, el derecho subjetivo sería sólo el «reflejo de un deber jurídico» [28], o sea, de aquello que he llamado aquí "garantía primaria". Mejor: tener un derecho, añade KELSEN, equivale a tener «la posibilidad jurídica de provocar la aplicación de la correspondiente norma jurídica que provee la sanción» [29]; en otras palabras, equivale a activar aquella

---

derara irregulares. El titular de una función tal debería tener, evidentemente, las más amplias garantías de independencia posibles, tanto frente al gobierno como frente al parlamento» (KELSEN, 1981: 19, p. 196).

[27] Es la tesis sostenida por GUASTINI, R., «Tre problemi di definizione», en FERRAJOLI, 2001: pp. 43-48, y por ZOLO, D., «Libertà, proprietà ed uguaglianza nella teoria dei 'diritti fondamentali», en FERRAJOLI, 2005: pp. 49-55. Véase mi réplica 2005: pp. 156-171. Una tesis análoga es sostenida por DE LORA, P., «Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo», en CARBONELL, M., y SALAZAR, P. (edd.), 2005: 3, pp. 255-259.

[28] KELSEN, H., 1960: *La dottrina pura del diritto,* trad. it., Torino: Einaudi, 29, a, p. 150: «Si se define como "derecho" la relación entre un individuo (que se encuentra obligado respecto de otro a determinada conducta) con este último individuo, el derecho en cuestión es solamente un reflejo de ese deber»; KELSEN, 1945: *Teoria generale del diritto,* trad. it., Milano: Edizioni di Comunità, parte I, VI, A, p. 76: «no hay por tanto ningún derecho para alguna persona sin un deber jurídico para alguna otra. El contenido de un derecho subjetivo es, en definitiva, el cumplimiento del deber de otro sujeto»; KELSEN, 1945: C, a, p. 77: el derecho «no es más que el correlato de un deber».

[29] KELSEN, 1959: C, d, 82-83. «En este sentido», prosigue KELSEN, «esta norma constituye "su" ley. Solamente si la aplicación de la norma jurídica, la ejecución de la sanción, depende de la expresión de la voluntad de un individuo orientada hacia tal objetivo, es decir, solamente si la ley está a disposición de un individuo, ésta puede ser considerada "su" ley, su ley subjetiva, y esto significa un "derecho subjetivo"». Pues bien: «el derecho subjetivo, por tanto, tiene que consistir no en el presunto interés, sino en la protección jurídica... El derecho subjetivo, en suma, no es sino el mismo derecho objetivo» (KELSEN, 1959: C, c, p. 81); «la esencia del derecho subjetivo, cuando es más que el mero reflejo de un deber jurídico, consiste en el hecho de que una norma jurídica atribuye a un individuo el poder jurídico de reclamar, por el incumplimiento de un deber jurídico, mediante una acción judicial» (KELSEN, 1966: 29, d, p. 159).

que aquí he llamado "garantía secundaria". KELSEN —quizá porque sus referencias son únicamente a los derechos patrimoniales, que en efecto son siempre producto de actos negociales, al igual que sus deberes correspondientes— efectúa claramente, por lo tanto, dos identificaciones: entre los derechos y las correlativas garantías primarias y entre los derechos y las correlativas garantías secundarias.

Esta singular disolución de los derechos en las garantías es el precio pagado por KELSEN por su concepción imperativista del Derecho, basada sobre la centralidad de la sanción. Se trata, sin embargo, de un precio demasiado alto, que contradice la premisa normativista y iuspositivista de su misma teoría. De aquí se deriva, en efecto, que derechos formalmente puestos o producidos por actos normativos válidos pero privados de garantías serían, simplemente, derechos inexistentes; que inexistentes —simples *flatus vocis*— serían también las normas que los expresan; que enteros catálogos de derechos —gran parte de los derechos sociales y casi todos los derechos humanos establecidos por convenciones internacionales— serían no-derechos, no-normas, solamente por estar privados de garantías, tanto primarias como secundarias.

Es una tesis que indudablemente contradice dos postulados del normativismo, al mismo tiempo metateóricos y teóricos. En primer lugar, contradice el postulado del positivismo jurídico, en cuanto desconoce la positividad de las normas jurídicas, las cuales en un sistema nomodinámico existen si son puestas o producidas, y no se corresponden con un principio teórico arbitrario (la efectiva producción, en correspondencia con los derechos constitucionalmente establecidos, de los correlativos deberes), como si la teoría pudiera desarrollar funciones legislativas. Contradice, en segundo lugar, el postulado del constitucionalismo, en cuanto desconoce el grado supraordenado a toda otra fuente de las normas constitucionales y de los derechos en ellas establecidos, cuya existencia no puede estar subordinada a la producción (obligatoria) de sus leyes de ejecución, dado que una tesis similar equivaldría, como adecuadamente escribe Michelangelo BOVERO, a decretar el poder del legislador para frustrar, o para abrogar o de todos modos para derogar la Constitución y para, así, ocultar su violación [30].

Al contrario, es la estructura nomodinámica del Derecho positivo la que impone distinguir entre los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos y sus garantías legislativas. Puesto que en un sistema nomodinámico, como precisamente KELSEN nos ha enseñado, la existencia de las normas está ligada a un hecho empírico, es decir, al acto de su producción, es perfectamente posible que dado un derecho fundamental expresado por una norma constitucional, no exista —si bien debería existir— la obligación o la prohibición correspondiente a causa de la (indebida) inexistencia de la norma que debería preverlos; así como es perfectamente posible que, dada la facultad de un comportamiento, por ejemplo un derecho de libertad, exista —si bien no debería existir— la prohibición del mismo comportamiento a causa de la (indebida) existencia de la norma que lo prevé. Es perfectamente posible, en suma, que en ordenamientos complejos, en los que se articulan múltiples niveles normativos, se produzcan *lagunas* y *antinomias.* Esta posibilidad es un corolario del constitucionalismo rígido, cuyo rasgo característico es, por consiguiente, el espacio virtual que él abre

[30] BOVERO, M., «Derechos, deberes, garantías», en CARBONELL, M., y SALAZAR, P., 2005: pp. 237-238.

para la existencia del *derecho ilegítimo,* causada por la posible inobservancia, por parte del legislador, de la obligación de ejecutar la norma constitucional.

Es precisamente esta obligación —la obligación de una legislación de ejecución, consistente en la introducción de las garantías primarias y secundarias faltantes— la que integra la *garantía constitucional positiva* de los derechos fundamentales establecidos. No es, por tanto, verdad que la carencia de garantías legislativas primarias y secundarias equivale a la carencia de cualquier obligación en cabeza del legislador: de modo que, como escribe GUASTINI, debemos o abandonar la definición de "derecho subjetivo" como expectativa a la que corresponde un deber, o bien negar la existencia del derecho a pesar de hallarse constitucionalmente establecido[31]. Como bien ha puesto de relieve Michelangelo BOVERO, existe una obligación[32], y es precisamente la de introducir las garantías correspondientes al derecho estipulado. Es en esta obligación de una legislación de ejecución que podemos identificar la garantía constitucional positiva primaria de los derechos constitucionales establecidos. Se trata de una *garantía débil* en un doble aspecto: en primer lugar, por la dificultad de asegurar la efectividad mediante una garantía constitucional positiva secundaria como sería el control jurisdiccional de constitucionalidad sobre las lagunas; en segundo lugar, porque aquélla es, por así decir, una meta-garantía, consistente en la obligación de introducir legislativamente la *garantía fuerte* constituida por las garantías *primarias* y *secundarias* correspondientes al derecho constitucionalmente establecido.

Por lo demás, todos los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos requieren legislación de ejecución que disponga las garantías, si éstas no han sido producidas —como sí sucede con los derechos patrimoniales—, en correspondencia con los derechos garantizados. Por ejemplo, si se toma la estipulación constitucional, con el derecho a la vida, o bien con un derecho de libertad como el *habeas corpus,* o bien con un derecho social como el derecho a la salud. A falta de la prohibición penal del homicidio o de la garantía procesal de la libertad personal o de una legislación social en materia de asistencia sanitaria —es decir, en ausencia de garantías fuertes, tanto primarias como secundarias— tales derechos son destinados a permanecer en el papel. Mas, ciertamente, no diremos que ellos no existen porque no existe, como requiere la definición de derecho subjetivo, el deber o la obligación correspondiente. Existe, en efecto, la obligación constitucional de introducir estas garantías fuertes —es decir, de colmar las lagunas—, aquélla realiza y satisface, como garantía constitucional positiva, la tesis teórica del nexo de implicación entre derecho y garantía.

Pues bien, es propiamente en la laguna o en la inefectividad de las garantías legislativas, es decir, de las leyes de ejecución de los derechos constitucionalmente establecidos —en particular de los derechos sociales, como el derecho a la salud, a la instrucción y a la subsistencia—, donde reside hoy el principal factor de ilegitimidad constitucional de nuestros ordenamientos. La ausencia de garantías es prácticamente total en el Derecho internacional. Con la sola excepción de las instituciones de la Corte penal internacional para los crímenes contra la humanidad, el ordenamiento internacional es casi del todo carente de *instituciones de garantía:* tanto que se puede identi-

[31] GUASTINI y FERRAJOLI, 2001: pp. 43-44.
[32] BOVERO, CARBONELL y SALAZAR, 2005: pp. 238-243.

ficar la globalización, en el plano jurídico, como un vacío casi total de una esfera pública, esto es, de garantías a la altura de los múltiples derechos fundamentales solemnemente proclamados en las numerosas declaraciones y convenciones internacionales sobre derechos humanos.

Sin embargo, también a nivel estatal, las democracias constitucionales son incompletas en múltiples aspectos respecto de los densos catálogos de principios y de derechos establecidos en sus constituciones rígidas. En muchos ordenamientos, primero que todo, carecen de las garantías primarias de muchos derechos sociales. Y carecen, sobre todo, de las técnicas jurídicas idóneas para constreñir a los poderes públicos a introducirlas. Carecen incluso, en muchos casos, de las técnicas garantistas idóneas para impedir o reparar el desmantelamiento, en marcha en muchos países, de muchas de las garantías sociales existentes. También para los derechos de libertad, por otro lado, las clásicas garantías primarias de las prohibiciones de sus lesiones y las secundarias de la condena de sus ofensas y de la anulación de las normas con ellas reñidas son del todo inidóneas para ponerlas a salvo de las viejas y nuevas insidias y agresiones, provenientes no sólo de los poderes políticos sino también de los grandes poderes económicos privados. Incluso los derechos políticos pueden ser frustrados, si el ordenamiento no dispone de eficaces defensas jurídicas, por los métodos electorales establecidos, por la concentración de los medios de información y por las lesiones causadas a la representación por las *derive plebiscitarie* y por los conflictos de intereses. Todas estas lagunas y todos estos variados aspectos de inefectividad deben, por tanto, ser entendidos como las múltiples causas de ilegitimidad. Podemos, de hecho, identificar el grado de legitimidad del ordenamiento de una democracia constitucional con el grado de efectividad de las garantías de los derechos constitucionalmente establecidos; e identificar la ilegitimidad con sus violaciones o —peor— con su laguna.

(Trad. de Alí Lozada)

EL ABUSO DEL DERECHO, DEL PODER Y DEL *RULE OF LAW*

Gianluigi Palombella

Universidad de Parma, Italia

RESUMEN. Frente a aquellos fenómenos que en nombre de los derechos encubren violaciones a intereses ajenos, el autor italiano propone sustituir la estrategia *a la Dworkin* que subraya la inviolabilidad e inderogabilidad moral de los derechos sustantivos por un recurso más efectivo para su protección: acudir a las categorías de abuso del Derecho, del poder y del *rule of law* para desvelar los excesos y mantener las finalidades lícitas para las que fueron concebidos los derechos en cuestión. Después de pasar revista a las corrientes teóricas contemporáneas que atienden a la distinción entre reglas y principios en el Derecho (ALEXY, ATIENZA y RUIZ MANERO, DWORKIN, RAZ), PALOMBELLA sustenta con dos casos de la Corte Suprema estadounidense la veracidad de sus afirmaciones.

Palabras clave: abuso del Derecho, abuso de poder, Estado de Derecho.

ABSTRACT. Before those phenomena which, in the name of rights, conceal violations of other's interests, the Italian author proposes the substitution of the *Dworkin style* strategy, which underlines inviolability and moral irrevocability of substantive rights, by a mechanism which protects them more effectively, that is, to make use of the following categories: abuse of a right, of power and of the rule of law, in order to unveil excesses and to fulfil the lawful aims for which the rights in question were conceived. After having examined the contemporary theoretical trends which focus on the distinction between rules and principles in law (ALEXY, ATIENZA and RUIZ MANERO, DWORKIN, RAZ), PALOMBELLA supports the veracity of his assertions with two U.S Supreme Court cases.

Keywords: abuse of law, abuse of power, rule of law.

1. EL LADO OSCURO DEL DERECHO Y LA UTILIDAD DEL CONCEPTO DE ABUSO

Reclamar derechos, principalmente en un intento por garantizar los derechos humanos o derechos fundamentales a escala planetaria, se ha hecho tan persistente que hace temer una inflación universal o una retórica vacía; sobre todo si tenemos en cuenta que la multiplicación de normas que prevén derechos no ha disminuido el riesgo de su violación, si acaso lo ha aumentado[1]. Por otra parte, el impulso dado a los derechos ha asumido casi únicamente formas pretenciosas: en el sentido de que las lógicas de propagación[2] de los derechos a menudo han revelado raíces *individualistas* antes que la tendencia intrínseca a hacer justicia en relación con los individuos. Cada vez parece más difícil contener los derechos individuales en un marco coherente, en el horizonte de algún "ordenamiento" jurídico objetivo. Más que una íntima racionalidad universal, la afirmación de los derechos muestra su carácter artificial y político; en realidad, es del todo evidente la imposibilidad de separar la intervención a favor de los derechos de la ponderación de sus "consecuencias", del conocimiento de sus significados y de los contenidos ético-institucionales que adquieren en concreto[3].

Por otra parte, en muchos ámbitos de los derechos aparece su *"dark side";* como en el internacional en los casos del intervencionismo humanitario, o en el de las sociedades democráticas multiculturales, o en el de las democracias en transición; en todos ellos el *denial of rights in the name of rights* ha visto la luz de muchas maneras, por ejemplo, a través del paternalismo en países como Francia o Turquía donde a las mujeres les está prohibido vestir el *hijab* en los edificios públicos. Igualmente problemáticas son, por ejemplo, las *acciones afirmativas* que imponen cuotas reservadas a las mujeres en las listas de candidatos a las elecciones políticas; situación en que la tutela de los derechos políticos sustanciales de algunos se traduce en la negación de los derechos políticos de igualdad de otros[4].

Además, otro fenómeno que siempre reaparece y que es generalmente descrito como la «negación de los derechos en nombre del *rule of law*» ha tomado forma específica y adquirido carácter dominante en la experiencia jurídica del "Estado de Derecho"[5] continental europeo. Aquí ha asumido los ropajes de un positivismo legalista, gracias al cual mantiene la defensa del imperativo *"dura lex sed lex";* esto, vinculado a una concepción pre-constitucional de la separación de poderes, ha terminado por

---

[1] PANNARALE, L., 2001: «Quod alii nocet, et sibi non prosit, non licet», *Sociologia del diritto,* 2, p. 167.

[2] WELLMAN, C., 1999: *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?,* Oxford: Boulder.

[3] Véase LOUGHLIN, M., 2003: *The Idea of Public Law,* Oxford, pp. 114-130. He tratado extensamente la cuestión en PALOMBELLA, G., 2002: *L'autorità dei diritti. I diritti fondamentali tra istituzioni e norme,* Roma-Bari: Laterza.

[4] Remito aquí al art. 23/2 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE: «El principio de igualdad no impide el mantenimiento o la adopción de medidas que ofrezcan ventajas concretas en favor del sexo menos representado».

[5] La expresión se remonta a STAHL, F. J., 1833-7, *Philosophie des Rehts,* vol. II, 1878: *Rechts- und Staatslehre auf der Grundlage christlicher Verfassungsgeschichte,* Tuebingen: Mohr. Entre las reconstrucciones italianas del concepto: BARATTA, A., «Stato di diritto», en NEGRI, A. (ed.), 1980: *Scienze politiche,* I, *Stato e politica,* Milano (2.ª ed.), pp. 509-523; MARGIOTTA, C., 2001: «Stato di diritto», *Teoria politica,* XVII, 2, pp. 17-41. Pietro COSTA y Danilo ZOLO han recopilado el volumen colectivo: 2002, *Stato di diritto,* Milano (en particular pueden verse sus ensayos sobre el «Estado de Derecho»).

impedir al orden judicial la defensa por razón de principios de los derechos que no hayan sido regulados directamente por la ley.

En general, frente a fenómenos que en nombre de los derechos o en nombre de los vínculos puestos por el Estado de Derecho encubren violaciones a intereses ajenos, la referencia a la idea de "abuso" puede resultar un buen recurso en la medida en que es un instrumento conceptual muy útil. Y esto debido a que la perspectiva del "abuso" hace emerger la ilicitud de la lesión de un interés por parte del titular de un derecho o de un poder que actúa en aparente conformidad con una regla de Derecho.

Si se supera la ambigüedad de la correspondiente expresión anglosajona *abuse of rights,* la idea de abuso (que en nuestra lengua tiene sentido en lo posesivo subjetivo[6] más que en lo posesivo objetivo)* hace evidentes los efectos negativos del "lado oscuro" de los derechos: efectos que se presentan cuando tales derechos son pensados como prerrogativas dotadas de una prioridad tendencialmente absoluta, y amenazan con ser comprendidos (gracias a su carácter deontológico) en sentido moralista, individualista, anti-institucional, etc.

A decir verdad, es muy raro que se recurra al *concepto de abuso* para defender los derechos. Normalmente, siguiendo una vía opuesta señalada sobre todo por Ronald DWORKIN, más bien se les privilegia, se subraya su inviolabilidad e inderogabilidad; contrario a esta postura, quien acude al concepto de abuso busca los *límites* al ejercicio concreto de los derechos o poderes lícitos. La estrategia *à la Dworkin* coincide con la doctrina de los derechos *(rights)* como derechos "morales" capaces de atravesar las resistencias del Derecho *(law)* positivo: tal estrategia expresa una concepción "monista" de los principios jurídicos, que los entiende como justificación de derechos individuales y como cartas de triunfo "trump cards" frente a pretensiones opuestas; protege a los derechos como imperativos antes que a los valores, fines o bienes que los derechos aspiran a proteger; de tal modo se les pretende sustraer del riesgo de ser subordinados a *social goals* o a intereses colectivos[7].

Con todo, no se ha dicho que esta estrategia sea, en todo caso, vencedora y preferible. Cuando la doctrina de los derechos como *trump cards* se presenta de forma ideológica amenaza con afirmarse, de igual modo, ideológicamente; ante lo cual se vuelve ciega a los abusos que se pueden cometer en nombre de los derechos, ya sea de parte de sus titulares directos, por parte de los jueces, o por los legisladores.

Además, como Mary Ann GLENDON escribió, «es difícil imaginar en el ámbito europeo contemporáneo a cualquier filósofo del Derecho serio que sustente, como lo ha hecho DWORKIN en *Taking Rights Seriously,* que "si alguien tiene derecho a algo, es equivocado el negárselo por parte del Estado, aunque hacerlo favoreciera el interés general"»[8]. En verdad, debemos reconocer que a veces podríamos tener razones

---

[6] Son los propios titulares de los derechos o los poderes los que cometen el abuso. No se trata de un abuso *padecido* por quien ve violados sus propios derechos, sino de un abuso *cometido.*

* La referencia es a la lengua italiana *(N. de T.).*

[7] Por ejemplo, DWORKIN, R., 1982: *I diritti presi sul serio,* edición a cargo de REBUFFA, G., trad. de ORIANA, F., Bologna, pp. 183-186. *Cfr.* También en HABERMAS, J., 1996: *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia,* edición a cargo de CEPPA, L., Milano, pp. 309 y ss.

[8] GLENDON, A. M., 1991: *Rights' Talk. The Impoverishment of Political Discourse,* New York, p. 40.

para defender, más allá de posiciones como las del "portador solitario de derechos" *(lone rights-bearer),* una actitud equilibrada basada en el "lenguaje de la responsabilidad", ya sea desde el punto de vista de los particulares o del de las autoridades públicas [9].

En algunos contextos no podemos evitar que la propia insistencia "política" sobre la solidaridad social pueda ser vista, como ha ocurrido precisamente en los Estados Unidos, como una injustificable limitación de los derechos de libertad o propiedad.

Como quiera que sea, efectivamente, un acento deontológico unilateral sobre los derechos que son "debidos" a cada uno —si se malentendiera— puede generar insensibilidad al problema del abuso de derechos (por parte de su titular).

Es cierto que hay circunstancias históricas y países en los que el problema prioritario es, por el contrario, precisamente la protección y la afirmación de los derechos, países que pudieran padecer retrasos acumulados o la persistencia de una tradición peculiar que, en ocasiones, ha sido definida como "premoderna" [10]. En tales casos, quizás se añora primordialmente una revolución de los derechos, se espera la liberación de los individuos del peso de los vínculos sociales, estatales e institucionales. En estos contextos nuevas constituciones, nuevos órdenes democráticos, garantías del *rule of law,* o la prioridad de los derechos individuales, hacen presión para instalarse inmediatamente y, al mismo tiempo, sin la larga maduración temporal que uno por uno los ha moldeado y arraigado en otros países de occidente. Pero incluso en tales circunstancias es razonable negarles un tipo de *status* absoluto, lo mejor es buscar en cada situación razones para establecer relaciones recíprocas equilibradas.

En conjunto, la sensibilidad hacia la paradoja del «rechazo de los derechos en nombre de los derechos o del *rule of law*» difícilmente puede recibir una respuesta adecuada desde la lógica unilateral, monista, que prevalece en la deontología de los derechos morales; por ello, es preferible recurrir a una tematización del concepto mismo de abuso de los derechos y de abuso del *rule of law.*

En efecto, la idea de abuso induce a encontrar un límite del cual depende el abuso, un límite que contenga y frene las modalidades del ejercicio concreto de un derecho o del uso de un poder capaces de perjudicar intereses de un tercero, específicamente en aquellos espacios que se presentan como *a) prima facie* lícitos, *b)* no atrincherados por otras reglas. Querría que acordáramos aquí que el uso teórico del término abuso se hace en un sentido amplio, en la medida en que se refiere tanto a casos donde alguien ejercita un derecho individual, como a aquellos en los que se ejerce un legítimo poder público, sin ignorar por ello sus profundas diferencias.

En este trabajo comenzaré tratando de indicar algunas características típicas del abuso de derecho; luego ubicaré la relación entre la conformidad *prima facie* a una regla (lo cual es un presupuesto necesario —aunque no suficiente— del abuso), y un fenómeno distinto cual es el respeto rígido o formalista de las reglas del Estado de

---

[9] Por el contario, los Estados Unidos son definidos como la «tierra de los derechos» (GLENDON, 1991: pp. 1 y ss.); añadiría: más bien la «tierra de los deberes».

[10] *Cfr.* SAJÓ, A., *Becoming "Europeans": The impact of EU "constitutionalism" on post-communist premodernity,* consultable en la dirección electrónica www.iue.it/LAW/Events/WSWorkshopNov2003/Sajo_paper.pdf.

Derecho y del *rule of law;* después me detendré sobre el caso del abuso de un poder público, igualmente basado en el extrínseco respeto a las reglas legales que atribuyen un poder, indicando al menos algunas características que revelan un particular tipo de abuso generalmente denominado desvío de poder. El abuso de derecho, el abuso de poder público y el abuso del *rule of law* aparecen como figuras *diferenciadas* pero unidas por cierto *continuo* revelador de un uso ilícito e instrumental del Derecho (en sentido objetivo, *law*). Finalmente, presentaré una lectura resumida de dos sentencias de la Corte Suprema estadounidense que parecen confirmar la utilidad del concepto de abuso de la legalidad y la capacidad del mismo para acercar o reemplazar con éxito en algunos casos las lógicas de la reivindicación de los derechos.

2. LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL ABUSO DE UN DERECHO O DE UN PODER

En Europa la figura dominante de "abuso" es la del abuso de un derecho subjetivo [11]. El tema del abuso de derecho está referido a la lógica de los derechos subjetivos, como absolutos e inderogables, indica la ruptura de un antiguo paradigma, según el cual *qui iure suo utitur neminem ledit,* y retoma además la glosa medieval de ACCURSIO (el fragmento D. 39.3.1.12): *«ítem quod alii nocet et sibi no prosit no licet»* [12].

La figura de abuso de derecho a menudo provoca legítimas sospechas porque tiende a condicionar el ejercicio de los derechos ante nociones que pueden llegar a frustrarlos; en el sentido de que a la libertad de fines que debería satisfacer el ejercicio de un derecho se le contrapone el interés social para el cual el derecho ha sido predispuesto, la función que debería desarrollar, el objetivo o las finalidades "típicas" por las que únicamente sería lícito disfrutarlo, entre otras razones similares.

No obstante, se puede convenir que el abuso de derecho puede indicar al menos un principio general de naturaleza jurídica, según el cual «el ordenamiento dispone

---

[11] En algunos ordenamientos está explícitamente prevista. No obstante la fórmula a la que se recurre en Alemania el § 226 del BGB del 1900, o la prohibición italiana de actos simulados (art. 833 del Código civil), han sido escasamente útiles. El reenvío al *Treu und Glauben* o el principio de la buena fe (en Italia), han permitido en cambio elaborar y definir casos de abuso de derecho. En todo caso, a título de ejemplo, la Carta de los derechos fundamentales de Niza prevé el abuso del derecho subjetivo en el art. 54. El Código civil portugués del 1996 prevé en el art. 334 explícitamente el abuso de derecho por exceder los límites de la buena fe, de las buenas costumbres o el alejamiento de los objetivos sociales o económicos. En España se ha hecho una codificación expresa sobre el abuso a causa de la reforma al *Título Preliminar* del Código civil, cuyo art. 7, más allá de requerir respeto general a la buena fe, declara que la ley no «protege el abuso de derecho o el ejercicio antisocial del mismo». En Francia, en Alemania y en Italia el abuso no cuenta con una previsión explícita y es fruto de la creación jurisprudencial. Tampoco en la doctrina anglosajona hay una adecuada construcción del concepto de abuso o buena fe. Se puede consultar en general a ROTONDI, M. (ed.), 1979: «L'abuso del diritto», *Inchieste di diritto comparato,* vol. VII, Padova. La reconstrucción de algunos recorridos históricos muy útiles están disponibles en varios volúmenes italianos dedicados al abuso del derecho subjetivo, entre los cuales recuerdo los siguientes: GIORGIANNI, V., 1963: *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica,* Milano, pp. 41 y ss.; RESCIGNO, P., 1998: *L'abuso del diritto,* Bologna, pp. 1965-1966; LEVI, G., 1993: *L'abuso del diritto,* Milano, pp. 25 y ss.; MESSINA, M., 2003: *L'abuso del diritto,* Napoli, caps. 2 y 3; GESTRI, M., 2003: *Abuso del diritto e frode alla legge nell"ordinamento comunitario,* Milano, especialmente cap. 1.

[12] *Cfr. supra,* nota 1.

las normas para su cumplimiento, no para su instrumentalización»[13]. De otro modo, el derecho aparecería como «una pantalla o la cubierta de una conducta arbitraria»[14].

Pero, como he señalado, el punto de partida es reconocer una peculiaridad del abuso; que tiene que ver con el hecho de que no consiste en la transgresión *prima facie* de los límites legales fijados por el ejercicio del derecho mismo (en cuyo caso se trataría de exceso y no de abuso), sino que se trata de una «aparente conformidad del comportamiento del sujeto al contenido de su derecho. Por lo que más bien, abusar del derecho debería significar cubrir de apariencia jurídica un acto que se tendría el deber de no realizar»[15]. En efecto, lo que caracteriza el abuso respecto a un simple exceso de los límites legales es la apariencia de legitimidad-legalidad de un comportamiento, lo que permite jurídicamente su tutela[16]. En otras palabras, debe tratarse de una conducta lícita y no de una prohibida directamente o indirectamente por otras reglas. Una de las definiciones más influyentes confirma este punto. La sentencia del Tribunal Supremo español del 14 febrero de 1944 sostiene que «aparte de sus límites legales» hay otros, y luego establece que son «de orden moral, teleológico y social», así que «incurre en responsabilidad el que, obrando al amparo de una legalidad externa y de un aparente ejercicio de su derecho, traspasa, en realidad, los límites impuestos al mismo por la equidad y la buena fe, con daños para terceros o para la sociedad»[17].

El abuso presupone que a través del uso de un derecho subjetivo reconocido por una norma se provoca un daño a un interés ajeno evidentemente «no protegido por una específica prerrogativa jurídica» (de otro modo nos encontraríamos sencillamente ante un caso de una simple violación de reglas contradictorias, no de un abuso). Según la sentencia española mencionada, el daño debe ser de naturaleza inmoral o antisocial, tiene que ser intencional o bien objetivamente dependiente de un uso excesivo o anormal del derecho. Pero, naturalmente, la fórmula está vacía si no se especifican los criterios que indiquen por lo menos los "síntomas" del abuso. Los "parámetros" a los que ha llegado la jurisprudencia europea en la especificación de una conducta "abusiva" se pueden resumir como sigue: la «falta de interés unida a la intención exclusiva de dañar» *(aemulatio),* el uso anómalo o incorrecto (por ejemplo la contravención a la buena fe objetiva); la «desproporción inadmisible» de los «intereses perseguidos con respecto de aquellos sacrificados»; la «desviación de poder del objetivo institucional» *(detournement du pouvoir)* o la combinación de los criterios anteriores[18]. La naturaleza del interés que los derechos protegen, las finalidades por las que se establece un poder o una función pública, el objetivo o la normalidad de su ejercicio deben deducirse de una reflexión ponderada sobre el sistema del Derecho positivo. No pueden ser reducidas a la expresión de un particular prejuicio ético, en cuyo caso se haría del

---

[13] MESSINA, 2003: p. 181.

[14] BRECCIA, U., 1998: «L'abuso del diritto», *Studi in onore di Pietro Rescigno,* V, *Responsabilità civile e tutela dei diritti,* Milano, p. 12.

[15] NATOLI, U., 1958: «Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile,* p. 37. Naturalmente, la cuestión es localizar de qué deber se trata, y de dónde surge jurídicamente ese deber.

[16] GHESTIN, GOUBEAUX, 1990: *Traité de droit civil,* vol. I, *Introduction général,* 3.ª ed., Paris, pp. 681 y ss.

[17] Véase DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 1985: *Sistema de derecho civil,* vol. I, Madrid (5.ª ed.), pp. 445 y ss.

[18] Esta síntesis se encuentra en BRECCIA, 1998: p. 24.

titular de un derecho lo que no es: «un guardián del interés del otro o hasta del interés público», ignorando así que los derechos constituyen esencialmente la protección de una ventaja individual: «quien quisiera cambiarla debería luchar por una diferente distribución de los derechos»[19].

En el plano teórico, más que el señalado por algunas nociones como el interés, el objetivo, o la función, el elemento común a las diversas concepciones del abuso es un ejercicio concreto, generalmente distinto al establecido por los límites sustantivos del derecho o del poder respectivo, límites que son en cierto sentido internos[20].

La individuación de tal límite de naturaleza "interna" y relativa a su empleo en específico depende en sí mismo de las fuentes positivas. Se ha escrito repetidamente que mientras el exceso de derecho «implica una superación de límites, más o menos generales, pero en todo caso determinados en abstracto y *a priori*», el abuso de derecho depende de una tipología de normas que permiten una valoración judicial *a posteriori.* Y en todo caso «siempre queda un juicio de contenido jurídico, cuya aplicación concreta debe desprenderse de las fuentes normativas de rango ordinario y constitucional»; en síntesis, la identificación del abuso depende propiamente del recurso a tipologías de fuentes o normas diferentes[21], o mejor dicho, pertenecientes a diversos planos.

Para esa finalidad, me parece razonable, desde una perspectiva de teoría del Derecho, especificar en sentido funcional o sistemático qué es lo que ata a una regla a uno o más principios jurídicos en aras de su concreción, es decir, cuál es la llave para remontar aquel empleo ilegítimo del derecho o del poder que constituye un abuso. El abuso de derecho es lo que debería hacer ilícita una conducta que de otro modo sería lícita, son casos en los que la regla por así decirlo parece "supra-inclusiva"[22]. En este sentido, tanto las razones de tal ilicitud, como los criterios para definir cómo algunos casos de ejercicio desvelan a aquellos *prima facie* permitidos por la regla, es lo que tiene que investigarse bajo o por encima de ella; es decir, en los principios deducibles del ordenamiento: principios relevantes, pertinentes, que ofrecen la o las justificaciones del poder o de la facultad ejercitada, iluminando límites de uso, ya sea en favor del interés privado o del interés colectivo.

3. REGLAS, PRINCIPIOS Y ABUSO

Pacíficamente considerados como elementos integrantes de los sistemas jurídicos en nuestras democracias constitucionales, los principios han recibido diversas definiciones respecto de las reglas. Por ejemplo, dentro de su teoría de los "Ilícitos atípi-

---

[19] BRECCIA, 1998: p. 70.

[20] *Cfr.* BRECCIA, 1998: pp. 71 y ss.

[21] BUSNELLI, F., y NAVARRETTA, E., 1998: «Abuso del diritto e responsabilità civile», *Studi in onore di Pietro Rescigno,* p. 86.

[22] ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2004: *Illeciti atipici,* trad. it. de V. CARNEVALE, Bologna, p. 61, su obra retoma el famoso libro de SCHAUER, F., 1991: *Playing by the rules: a philosophical examination of rule-based decision-making in law and in life,* Oxford (ed. it. 2000: *Le regole del gioco: un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana,* a cargo de Chiara RUSTICI, Bologna).

cos"[23], ATIENZA y RUIZ MANERO los identifican como elementos que guían la conducta de aquellos que precisamente a través de una ponderación (entre principios) tienen el poder-deber de concretar una norma (judicial, legislativa, administrativa). Otro tipo de principios, los "principios en sentido estricto", incorporan valores últimos que conmesuran sus consecuencias, mientras que en un menor grado de abstracción, las "directrices", no señalan valores últimos pero también cumplen con la función justificativa de las decisiones. Como quiera que venga propuesta la definición y la función de los principios, en todo caso vale la idea de que ofrecen los criterios a cuyo parámetro es posible acudir para evaluar el abuso de derecho[24].

En esencia, son los principios los que permiten de entre los posibles supuestos de ejercicio consentidos por la norma (que otorga un derecho subjetivo o confiere un poder o una función) excluir de ella algunos como ilícitos por exceder el ámbito justificado de aplicación de la misma. Esto también vale para casos que atañen a los derechos fundamentales como el ejercicio de las garantías del debido proceso o el derecho de huelga.

Así la tarea del intérprete es especificar qué principios del ordenamiento ofrecen una justificación del poder o del derecho (subjetivo) y en todo caso definir directamente, o por analogía, las relaciones con las áreas de ejercicio que *a posteriori* se revelen como admisibles o inadmisibles.

Esta cuestión presupone una concepción de los derechos subjetivos basada en una teoría que depende —como Robert ALEXY ha insistido— de un papel conjunto de reglas y principios[25], hasta el punto de que en presencia de casos específicos (donde incluso se cuenta con elementos de hecho para una subsunción[26]) también los derechos basados en reglas *(definitive rights)* tienen que ser ajustados en su alcance concreto por referencia a los principios subyacentes; finalmente también entre estos últimos principios puede ser necesaria una operación de balance y de ponderación[27]. En

---

[23] ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2000: *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder,* Madrid: Trotta. Sigo la traducción italiana, ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004.

[24] Según ATIENZA y RUIZ MANERO una acción no es abusiva simplemente porque no produzca una mayor utilidad social, en este sentido, contamos con la institución de la «propiedad» por razones "últimas", por razones de principio, que justifican en los ordenamientos positivos —como el italiano, el francés o el español— el derecho a la propiedad. Ante lo cual, el principio de autonomía no puede justificar por ejemplo un uso anormal que lesione intereses de otros, quedando insensible «al daño causado a intereses ajenos o a intereses colectivos» porque eso a su vez violaría un principio ulterior de igualdad en la protección de la autonomía individual (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: p. 58).

[25] Para una distinción entre reglas y principios véase, ALEXY, R., 1997: *Concetto e validità del diritto,* trad. de F. FIORE, Torino, p. 73. «Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva», por lo tanto son «mandatos definitivos», y la forma de aplicación que les caracteriza es «la subsunción»; en cambio, los principios son «mandatos de optimización» *(Optimierungsgebote),* como tales «ordenan que algo debe ser realizado en diversos grados» en la mayor medida posible según las posibilidades fácticas y los límites jurídicos que nacen «de los principios contrastantes», esto significa que los principios dependen y requieren ponderación, lo cual es «la forma característica de la aplicación de los principios» (pp. 73-74).

[26] ZAGREBELSKY, G., quien retoma la teoría de ALEXY, escribe: «Los principios, de cualquier manera, a diferencia de las reglas, son normas sin caso específico (o determinación del hecho "Tatbestand"). En este sentido, los principios no son susceptibles de ser expresados en forma del imperativo hipotético de Kelsen» (ZAGREBELSKY, G., 2003: «Ronald Dworkin's Principle based Constitutionalism: an Italian Point of View», *International Journal of Constitutional Law,* vol. I, n.º 4, p. 630).

[27] Para este tema véase ALEXY, R., 2002: *A Theory of Constitutional Rights,* trad. por J. RIVERS, Oxford, pp. 50 y ss.

efecto, mientras que los principios pueden ser satisfechos "en diversos grados", las reglas, en cambio, gracias a una diferencia *cualitativa,* «son normas que sencillamente se cumplen o se incumplen» («always either fullfilled or not»)[28].

Esta distinción es parecida a aquella propuesta por Ronald DWORKIN[29] según la cual las *"rules"* se aplican *"all or nothing",* mientras que los principios permiten diversas realizaciones (concreciones), esto es, no exigen una particular decisión. En realidad, según ALEXY, esta distinción todavía puede ser ampliada: también las *rules* son susceptibles de sufrir una particular *excepción* y no ser aplicadas en un caso específico, esto precisamente sobre la base de un principio; y este tipo de derogaciones no pueden ser *a priori* cuantificadas con certeza.

De cuanto he mencionado hasta aquí, se entiende cómo es relevante y determinante la referencia al abuso debido a esa apertura o susceptibilidad de la regla de tener, sobre la base de principios, limitaciones *a posteriori.*

Como sabemos, no resulta controvertido que, a su vez, también un principio *prima facie* pueda ser superado por otro de mayor peso en un caso específico. No obstante, una *regla* no puede ser directa y automáticamente superada por un *principio:* el principio relevante primero debe ser ponderado con otros que pretenden prevalecer, «como aquel según el cual las reglas emanadas de una autoridad que actúa dentro de sus competencias deben ser obedecidas, o el principio que afirma que no deberíamos distanciarnos de las reglas preestablecidas sin buenas razones. Tales principios pueden ser definidos como "principios formales"»[30].

Los principios *formales* del tipo señalado por ALEXY a menudo tienden a defender la regla contra su limitación o excepción, y por tanto desempeñan un papel antagónico, son el fondo *contra* el cual el problema mismo del abuso puede ser contrapuesto. Se ha hecho notar que regímenes no democráticos a menudo han dejado caer en desuso el criterio o la institución jurídica del abuso, evitando con ello que fuera usado en contra del ejercicio de poderes (públicos), exaltando en cambio el formalismo legal: precisamente con el objetivo de impedir el control interno del ejercicio concreto de potestades públicas[31].

En cierto sentido, la idea de vincular el comportamiento de los individuos y sobre todo el de las autoridades públicas a "normas" (a las puras "reglas") es parte de los

---

[28] ALEXY, 2002: pp. 47-48. Por tanto, según ALEXY un regla puede ser «válida o no válida» y en caso de conflicto entre reglas, a menos que una de ellas sea vista como una excepción, al menos una de ellas debe ser declarada inválida. Al contrario, en el caso de principios en conflicto, uno debe prevalecer, mas esto no significa que en alguno de ellos se contenga una excepción ni que alguno sea inválido (ALEXY, 2002: p. 50). Consecuentemente, «conflictos entre reglas ocurren en el nivel de la validez, puesto que sólo los principios válidos pueden entrar en competición, en cambio la competencia entre principios ocurre en la dimensión del peso» *(ibid.).*

[29] DWORKIN, R., 1982: pp. 90 y ss.; ALEXY, 2002: p. 48, nota 27.

[30] ALEXY, 2002: p. 58.

[31] Según algunos en la España franquista el recurso al formalismo fue el modo de sustraer la discrecionalidad de los poderes administrativos a algún tipo de control, situación que sería dejada de lado con la Constitución española de 1978, al surgir la institución del desvío de poder (ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: p. 100). A propósito de esta cuestión agradezco a Luis María DÍEZ PICAZO por sus comentarios, especialmente por su crítica, por otra parte fundada, sobre la conexión unívoca entre el formalismo y los regímenes totalitarios.

requisitos esenciales del Estado de Derecho[32]; pero siempre y cuando se piense en el principio de legalidad del Estado de Derecho decimonónico de la Europa continental, y en la definición weberiana del Estado de Derecho como poder legal-racional[33]. El respeto a las "reglas" permite al *rule of law,* entendido en sentido teorético no histórico, asumir las funciones y el significado que ha asumido. Ello gira en torno a criterios atribuibles a principios "formales", tal y como se deduce de la enumeración provista por autores como Lon FULLER: generalidad de la ley, promulgación, irretroactividad, claridad de las normas, no contradicción, posibilidad de su cumplimiento (la no imposibilidad), adecuación en el tiempo y otros que se desprenden de los mismos[34].

FULLER especificó en esta aportación muy general los principios de irretroactividad, publicidad y los demás mencionados, también la prueba de una moralidad intrínseca *(inner morality).* La discusión sobre la importancia de los así llamados vínculos formales del *rule of law,* de sus *requirements* periódicamente regresa sobre las controvertidas hipótesis del significado moral del Derecho en la civilización occidental[35]. La importancia de limitar la discrecionalidad del intérprete, de asegurar previsibilidad, coherencia, certeza y conocimiento a los ciudadanos, de excluir las condiciones para la arbitrariedad del poder es universalmente reconocida y confiada a aquellos requisitos insustituibles; pero todo esto sólo es válido si como consecuencia se atribuye al *rule of law* (como anoté en el caso de FULLER) una *"inner morality"*[36]; aunque esta moralidad intrínseca esté negada y considerada más bien externa al Derecho[37].

Naturalmente, en el caso del abuso también debe ser concebible la superación de aquellos principios formales; por tanto, una derogación en este ámbito tiene que ser

---

[32] Naturalmente, la definición de *Rule of Law* ofrecida por Albert VENN DICEY en Gran Bretaña es diferente y más compleja; hace referencia a una visión histórica particular: para DICEY el *rule of law* incorpora la garantía de las libertades individuales, la no arbitrariedad del poder, y la igual sumisión de los poderes públicos y los ciudadanos particulares al *common law* (*cfr.* DICEY, A. V., 1885, 1956: *An Introduction to the Study of the Law of the Constitution,* ed. por Londres: E. C. S. Wade, pp. 183 y ss; p. 188; p. 193).

[33] La subordinación del Estado a la ley y a los otros dogmas del Derecho público europeo continental se encuentran en el formalismo de Paul LABAND, 1867-82: *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches,* en GERBER, C. F., 1971: *Diritto pubblico,* trad. it. de LUCCHINI, P. L., Milano; y otros juristas contemporáneos. Acerca del estado de la justicia administrativa, *cfr.* NIGRO, M., 1987: *Giustizia amministrativa,* Boloña, p. 33. WEBER, M., 1961 (*Economia e Società,* a cargo de ROSSI, P, vol. II, Milano, pp. 16 y ss., pp. 110 y ss.), identificó el carácter "formal" del Derecho en el Estado moderno y, por el contrario, entendió la "racionalidad material" del Derecho como la que toma en consideración normas derivadas de objetivos éticos o conexos a objetivos utilitarios, antes que a normas jurídicas. La crítica más corrosiva del principio de legalidad del Estado de Derecho se remonta a SCHMITT, C., 1993: *Legalität und legitimität,* Berlín.

[34] FULLER, L., 1986: *La moralità del diritto,* a cargo de DAL BROLLO, A., Milano, pp. 65 y ss. Existen otras versiones como la presentada por Joseph RAZ, 1977, 1979: «The Rule of Law and Its Virtue», *The Authority of Law,* Oxford, pp. 210-229; o el trabajo de Andrei MARMOR, 2004: «The Rule of Law and Its Limits», *Law and Philosophy,* 23, pp. 1-43. Todos se refieren a las características del Derecho en cuanto tal.

[35] Recientemente se puede ver la discusión entre KRAMER y SIMMONDS: KRAMER, M. H., 2004: «On the Moral Status of the Rule of Law», *The Cambridge Law Journal,* 63, March, pp. 65-97; SIMMONDS, N. E., «Straightforwardly False: The Collapse of Kramer's Positivism», *ibid.,* pp. 98-131.

[36] Más allá de Lon FULLER son dignas de mencionar las críticas lanzadas por J. HABERMAS respecto a la "indiferencia" moral atribuida por Max WEBER al Estado de derecho. *Cfr.* HABERMAS, J., 1992: *Morale diritto politica,* a cargo de CEPPA, L., Torino, pp. 5-80 (se trata de la edición italiana de 1988: *Recht und Moral, Tanner Lectures on Human Values,* Salt Lake City, vol. VIII, pp. 217-279).

[37] Como ha sostenido HART, H. L. A., 1965: «The Morality of Law - by L. Fuller», in *Harvard Law Review,* n.º 78, pp. 1281-1296.

entendida en el sentido de *una reducción del área autorizada por la regla;* con lo cual no nos encontramos frente a una excepción determinada por el recurso a la equidad o a la justicia del caso particular. De esta forma, el abuso no constituye una derogación basada en la singularidad del caso particular [38], sino que depende, a su vez, de una regla general basada en principios de carácter también general y producida a causa del descubrimiento, *a posteriori,* de la ilicitud de una conducta que en abstracto y *a priori* era lícita.

Podemos sostener que la resistencia de las *rules* a la penetración de los principios, o sea, a la admisibilidad de una regla ulterior que constituya la concreción de un principio concurrente, sólo se garantiza gracias al peso de otros principios de naturaleza formal (reconducibles a los de regularidad, publicidad y generalidad) [39]; tales principios son ciertamente el patrimonio civilizatorio normalmente acreditado al *rule of law* entendido como concepto teórico general; al que, sin embargo, confiamos la específica capacidad de resistencia del Derecho a las exigencias externas, la definición de sus confines, y en un cierto sentido su propia "autoridad".

4. PRINCIPIOS Y ABUSO DEL *RULE OF LAW*

Como se verá, utilizar la resistencia de los *principios formales* como escudo tras el cual esconder objetivos incompatibles con el ordenamiento jurídico, ciertamente podría configurarse, por usar una expresión sintética, como un abuso del *rule of law.*

Ello independientemente del hecho de que se consideren cuando menos al *rule of law* y a sus requisitos como dotados de una virtud "moral" o de algunas específicas cualidades éticas. Sobre este punto volveré dentro de poco; aunque en realidad para los objetivos de comprensión del "abuso" no hace falta solucionar el dilema de la naturaleza de las virtudes propias del *rule of law.*

El punto fundamental para nuestra discusión es que la derogación o la aplicación de una *regla* no puede depender de efectuar una comparación directa entre la *regla* y el *principio sustantivo* que debería ceder (la libertad de expresión, el derecho a la salud, la igualdad, etc.). Sólo se puede permitir una limitación al ámbito (lícito) determinado por una regla después de una ponderación que sobrevenga pero entre entidades ubicadas en el mismo plano, por tanto, entre principios: el principio sustantivo relevante y los principios formales que exigen un riguroso respeto del carácter *definitivo* asumido por las reglas.

En un célebre manifiesto sobre las convicciones que sigue como juez de la Corte Suprema estadounidense, Antonin SCALIA ha puesto en primer orden la dicotomía entre el respeto al *rule of law* general (como "derecho de las reglas", *law of rules*) y los efectos de la renuncia a este parámetro que se pueden resumir en la discreciona-

---

[38] En el sentido del recurso a la equidad o a la no aplicación de la regla, señalado por BLACKSTONE, W., 1978: *Commentaries on the laws of England,* vol. 1, New York (Garland) (reimpresión de la edición por STRAHAN, A., y CADELL, T., 1783: Londres), pp. 59-62.

[39] Aquí retomo una versión de estos principios ofrecida esta vez por Lawrence SOLUM, quien los resume para hacer evidente el contraste con la "equidad", 1994: «Equity and the Rule of Law», en *The Rule of Law,* Nomos XXXVI, New York: ed. de J. SHAPIRO, p. 129.

lidad de la justicia de las Cortes[40] que, en consecuencia, estaría autorizada. SCALIA sostiene que las Cortes deberían decidir tratando de definir reglas generales para los casos particulares, sobre todo por razones que residen en el respeto al principio del igualdad de trato y de previsibilidad *(predictability) («there times when even a bad rule is better than no rule at all»)*[41]. SCALIA se refiere a la aproximación que la Corte debería elegir: si decidir basándose «en el conjunto de las circunstancias de hecho» que caracterizan el caso particular, o determinar una regla que pueda valer por la mayoría de los casos. En su opinión, el punto relevante está en que el *rule of law* exige al juez que recurra a reglas generales, antes que a formular decisiones cuyas "razones" valgan sólo para el caso particular.

Desde luego, esta posición en sí misma no es de ninguna manera inaceptable. No obstante, sobre la base de esta construcción, el respeto (de los principios) del *rule of law* puede volvernos del todo insensibles a los casos de abuso de derecho.

Es verdad que la definición de ilicitud de un acto puede ser conforme con una regla y, no obstante, ser contrario a las razones conexas de un principio, situación que puede desembocar en la definición judicial de una nueva regla que valdría para la mayoría de casos análogos. También es verdad que la fidelidad a la idea de *rule of law* como *law of rules,* como Derecho de las "reglas", que se encomienda a ellas como valor último siempre jerárquicamente prioritario, es inaceptable en el ámbito constitucional. Los Estados constitucionales muestran reticencia a proclamar y considerar sólo a algunos de sus principios como absolutos[42], incluso aquellos "formales", saben que no pueden evitar el criterio de proporcionalidad, el cual debe considerarse fundamental en las operaciones de ponderación[43]. Una visión "absolutista" del *rule of law* como *law of rules* violaría el estatuto general de los principios en el Estado constitucional; estatuto esencial e inderogable para conservar la identidad de un determinado ordenamiento jurídico, el cual representa los esfuerzos ético-políticos expresados en *standards* irreducibles a los "principios formales".

En términos generales, la perspectiva del abuso de poder o de derecho señala que no se puede obedecer sólo al formalismo del *rule of law;* no porque ello impida la justicia en el caso particular, sino porque ese formalismo haría imposible someter a algún tipo de control el poder que el abuso "legalista" puede ocultar.

El peligro es pues desactivar la normativa de los principios sustantivos que constituyen la identidad ético-política de un específico sistema jurídico constitucional. Los principios sustantivos merecen una consideración que no puede ser clausurada *a priori,* justamente porque es impuesta jurídicamente dentro de un ordenamiento.

Por último, para la comprensión del concepto de abuso se debe tener en cuenta el hecho de que tanto la teoría como la experiencia de los órdenes euro-continentales *no* inducen a relacionar a los "principios" exclusivamente con la tutela de derechos individuales, como por el contrario sostendría Ronald DWORKIN, sino que el área

---

[40] Es decir, *the personal discretion to do justice* (SCALIA, A., 1989: «The Rule of Law as a Law of Rules», *University of Chicago Law Review,* 56, p. 1176).

[41] SCALIA, 1989: p. 1179.

[42] ZAGREBELSKY, G., 1992: *Il diritto mite,* Torino, cap. VI.

[43] *Cfr.* ALEXY, 2002: pp. 66-69 y 397-414.

semántica de los principios también se extiende a razones que tienen que ver con la protección de intereses colectivos, y por lo tanto de intereses públicos [44].

Para encuadrar la compleja competencia entre las diversas tipologías de principios es esencial considerar que ello sólo es posible a partir de la comprensión de fondo de los vínculos del *rule of law* y del Estado de Derecho; razón por la cual resulta significativo el balance ofrecido hace algunos años por Joseph RAZ sobre el sentido del *rule of law* del que desprende una concepción neutral. RAZ se concentra en el "sentido literal del *rule of law*" [45], desde donde deduce que el *rule of law* puede mostrarse compatible también con «profundas violaciones de los derechos humanos» [46]. Afirma que respetar el *rule of law* no garantiza que no ocurran violaciones a la dignidad humana. Pero «está claro que el deliberado desprecio del *rule of law* viola la dignidad humana» por el hecho de que conduce a la «incertidumbre» y a la frustración de «expectativas» *(expectations)* [47].

De estas consideraciones no sigue RAZ que los sistemas jurídicos no contengan al menos algún tipo de valor moral. El *rule of law* tiene —afirma RAZ— un «valor negativo»: el Derecho inevitablemente limita la autonomía de los individuos, en consecuencia crea el peligro de un poder arbitrario, por tanto el *rule of law* está llamado a prevenir el peligro creado por el propio Derecho [48]. Esto, sin embargo, es sólo el Dere-

---

[44] Muchos juristas en Europa y en Italia dotados de un agudo sentido de conciencia "social" concuerdan con la visión deontológica dworkiniana de los derechos individuales porque en realidad pasan por alto sus verdaderas consecuencias teóricas. La idea de los derechos es la base para sostener argumentos a favor de la autonomía individual y en contra de las elecciones colectivas, y por tanto en contra de la autonomía pública; constituye la manera de contrastar la nivelación redistributiva, igualitaria, que DWORKIN supone implícita en la lógica de la deliberación política y legislativa además del modo para reducir, y limitar, el paternalismo que él cree resulta de las decisiones colectivas en cuanto tales. He tratado este punto en 2002: *L'autorità dei diritti,* Roma-Bari, p. 53. Las preferencias colectivas son inevitablemente "externas"; en otras palabras, ellas se ocupan de lo que *otros deberían hacer o tener* (*Cfr.* DWORKIN, 1982: pp. 328 y ss.). Una crítica explícita de la ecuación principios-derechos individuales está en ALEXY, 1982: pp. 65-66; y ahora también en ZAGREBELSKY, 2003: pp. 642-643.

[45] RAZ, J., 1979: «The Rule of Law and Its Virtue», *The Authority of Law,* Oxford: Clarendon Press, p. 213. RAZ enumera ocho requisitos que considera incluidos por definición en el concepto y que se desprenden de dos aspectos fundamentales según los cuales los ciudadanos, *a)* deben guiar su comportamiento por el Derecho y deben obedecerlo; y *b)* el Derecho debe ser susceptible de ser obedecido. Los principios son enumerados en las pp. 214 a 219. Entre ellos, se subraya el requisito de que legislación y las decisiones sean *«guided by open, stable, clear, and general rules»* (p. 215); tal requisito parece corresponder con aquel preferentemente valorado por el juez de la Corte Suprema americana Antonin SCALIA, 1989. Otro requisito, el quinto *«the principles of natural justice must be observed»,* p. 217, merece especial atención; RAZ habla de *«[O]pen and fair hearing, absence of bias, and the like»,* lo cual considera esencial para la correcta "aplicación" del Derecho y para su capacidad de guiar las conductas *(«are obviously essential for the correct application of the law and thus, through the very same considerations mentioned above, to its ability to guide action»).* El mismo criterio, la capacidad de guiar la acción, es una de las razones para la *independencia* del orden judicial (que hace posible *«to apply the law correctly»)* (RAZ, 1979: pp. 216-217). Como se puede comprender aquí ya estamos en la organización de los poderes; la separación e independencia de los poderes aparecen como un vínculo particularmente unido al Estado moderno en sus estructuras *liberales.* Sin embargo, no asumen tal ropaje en RAZ, para el que son un requisito funcional conexo a la prestación "neutral" de guiar eficazmente las conductas.

[46] Ello no asegura a los individuos de la *«governmental interference»* (por lo demás, el derecho podría «instituir la esclavitud sin violar el *rule of law*»). No obstante, el *rule of law* contribuye a asegurar el respeto a la dignidad humana, es decir, a la "autonomía" de los seres humanos entendidos como *«persons capable of planning and plotting their future» («their right to control their future»)* (RAZ, 1979: p. 221).

[47] RAZ, 1979: pp. 221 y 222.

[48] *«The rule of law is a way to avoid the danger caused by the law itself»* (RAZ, 1979: p. 224).

cho en su propia y específica *excellence,* no una virtud moral, aunque sí que constituye «la condición necesaria para que el Derecho sirva directamente a cualquier buen propósito en absoluto»[49]. La neutralidad del *rule of law* hacia los fines es en sí la virtud del Derecho, mas no tiene ningún valor moral. Finalmente, prosigue RAZ, se debe rechazar la idea de Friederick HAYEK según la cual el *rule of law* representa al supremo garante de la libertad; esta convicción nos situaría sobre una pendiente resbaladiza que conduce inexorablemente a la identificación del *rule of law* con el *«rule of the good law»*[50]. Por tanto —según RAZ—, desde el momento en que el *rule of law* es un instrumento, no puede también constituir un fin último: cuando nuestras metas son incompatibles con el *rule of law,* quiere decir que no pueden ser perseguidas por medios jurídicos; por último, advierte que «debemos de ser cautos al descalificar la persecución jurídica de grandes metas sociales en nombre del *rule of law*», porque, después de todo, el *rule of law* está hecho para ayudarnos a sustentar y promover de la mejor manera precisamente aquellos fines comunes: «sacrificarlos sobre el altar del *rule of law* volvería al Derecho inútil y vacío»[51].

Ahora bien, no creo que necesariamente se tenga que asumir la complejidad de la teoría general de RAZ y su "positivismo exclusivo"; más aún que me siento inclinado a considerar plausible un "positivismo inclusivo", el cual acepta en la regla de reconocimiento que la norma fundamental de un ordenamiento "pueda" incluir criterios o principios sustantivos[52]. No obstante ello, la tesis de RAZ acerca del *rule of law* provee un punto de vista óptimo para rechazar dos "fundamentalismos" opuestos: por un lado, aquel que identifica al *rule of law* como ideal último, y por otro, aquel extrapositivista que lo entiende como *set* de principios sustanciales, en particular unidos al valor último de los derechos individuales. Si se admite que el *rule of law* constituye, al menos para ciertas posturas, un instrumento que nos permite perseguir diversos fines, entonces no podemos más que respetar sus requisitos, sus vínculos, que al mismo tiempo no deben ser transformados de medios a fines.

Resulta oportuno subrayar que esta definición del *rule of law* como "instrumento" debe ser mitigada y comprendida en profundidad. En el fondo, los requisitos "fullerianos" del *rule of law* son también para RAZ una propuesta, una premisa que puede ser negativa en relación con el respeto de la dignidad de los individuos[53]. Esta consi-

---

[49] RAZ, 1979: p. 225.

[50] RAZ, 1979: p. 227.

[51] RAZ, 1979: p. 229: *«Sacrificing too many social goals on the altar of the rule of law may make the law barren and empty».*

[52] He tratado el tema extensamente en PALOMBELLA, 2002. Sobre el tema se pueden ver dos trabajos recientes, GIORDANO, V., 2004: *Il positivismo e la sfida dei principi,* Napoli, y BONGIOVANNI, G., 2005: *Costituzionalismo e teorie del diritto,* Roma-Bari, pp. 59-150.

[53] Como lo he mencionado antes (RAZ, 1979: p. 222), esta relación necesaria es muy significativa, mas no puede ser discutida aquí con la amplitud suficiente, más allá de la compatibilidad entre la "neutralidad" del *rule of law* y la "dignidad". Se debe recordar que FULLER ha tocado un punto parecido llegando a conclusiones diferentes: él señala que aunque quede claro que la observancia de la «moralidad jurídica» pueda «servir a los objetivos más variados», y que la «moral jurídica puede decirse neutral acerca de una variada serie de cuestiones éticas», en cualquier caso no puede ser neutral acerca de la concepción del hombre mismo. Emprender la empresa de someter la conducta humana al gobierno de normas, implica necesariamente la adhesión a la visión según la cual el hombre es, o puede volverse, un agente responsable, capaz de comprender y seguir normas, y de contestar sus faltas». Así, «Cualquier alejamiento de los principios de la moral interna del Derecho es una afrenta a la dignidad del hombre como agente responsable» (FULLER, L., 1986: pp. 210-211). Esta

deración abre un espacio controvertido y espinoso, ya que es una manera de hacer emerger el hecho de que el Derecho entendido según el *rule of law* es portador de pretensiones "negativas" de "justicia" que tienen su propio "peso".

RAZ no parece profundizar en todas las implicaciones de este filón. Su definición del *rule of law* como "medio" se refiere —al menos en las intenciones— a cualquier tipo de Derecho, y está ligada a la convicción de que la prestación esencial del Derecho *como tal* es ejercer autoridad sobre las conductas. Bajo esta perspectiva, la definición no protegería ni perjudicaría formas ulteriores, esto es, "los objetivos sustantivos" que históricamente ha asumido el Derecho. Por otro lado, a mi modo de ver, tampoco coincide con el Derecho moderno en la definición kantiana; la cual incluye en sí misma la conexión esencial entre *justicia formal* y *Derecho.* El Derecho moderno en la versión de KANT parece haber superado la simple cuestión de la función o de un Derecho cualquiera —a menos que la idea misma de "justicia formal" sea vaciada de todo contenido.

En opinión de KANT, el Derecho entendido como el conjunto de las condiciones de coexistencia de las libertades podría parecer marcado por un objetivo principal: el de una sociedad liberal de mercado. En realidad, quizás a diferencia de la definición de HAYEK (criticada por RAZ por el incorrecto paso del *rule of law* al *rule of the good law*), la definición kantiana no queriendo contener nada «tomado de la ética» apunta sólo a señalar las condiciones racionales de justicia intersubjetiva, defendiendo la independencia de los individuos y su autonomía privada en su esfera externa de la coexistencia. Pero, justamente, el *rule of law,* siguiendo con RAZ, contiene menos de aquello que KANT asume como propiedad racional del Derecho moderno; aparece como un concepto "técnico" acerca de las propiedades necesarias para que el "Derecho" logre guiar las conductas de manera eficiente, mientras que la definición kantiana se refiere a un ordenamiento en cuyo seno quedan garantizadas las dignidades *separadas* de las esferas individuales. KANT no parte, como RAZ, del presupuesto de que el Derecho atañe al problema del ejercicio de una autoridad eficiente sobre los individuos,

---

controvertida relación "neutralidad"-"dignidad" es un punto que no se debe subestimar. A su modo, moralidad del Derecho y ética u objetivos sustanciales son para FULLER dos conceptos separables; aunque sólo hasta cierto punto: la compatibilidad entre moral del Derecho y sus posibles objetivos sustantivos no puede extenderse a aquellos objetivos sustanciales que contradigan la dignidad de los hombres como agentes responsables (y por tanto al presupuesto ético que los une). Como he recordado otras veces, personalmente prefiero considerar las lógicas estructurales del Derecho como una cuestión de justicia, de no confundirlas con los objetivos éticos de los ordenamientos; la justicia indicada por KANT, entendida como la definición de las condiciones de coexistencia. No creo que las instituciones clásicas y los principios funcionales del Derecho moderno sean un simple medio técnico para guiar las conductas, es evidente que contienen condiciones de *justicia* para las relaciones intersubjetivas, y confían al Derecho un papel de «equilibrador» de «contenidos» o de objetivos externos. No obstante, resulta evidente que los objetivos éticos de un ordenamiento son conceptualmente otra cosa y son ampliamente incensurables. Ampliamente, pero no totalmente. FULLER tiene razón al creer que si la dignidad sólo se puede tutelar a través de los cánones del *rule of law,* entonces este último es compatible para cada sociedad que persiga cualquier idea del bien, pero *no* para aquellas que mancillan la idea de "dignidad". El problema se puede explicar recurriendo a KANT, o por lo menos a la interpretación que considera KANT en la que distingue entre la tutela de la autonomía de cada uno, como facultad de elegir, y la tutela de las éticas compartidas. La tutela de la autonomía en el primer sentido atañe a la moral individual. Esta distinción tiene valor analítico, pero en la práctica no puede ser absoluta. Podría no ser posible defender uno u otro de sus términos: en efecto, no todas las éticas compartidas son "lícitas" desde el punto de vista de la "justicia" (porque algunas la pondrían en peligro en caso de que ahogaran la raíz, la autonomía como facultad de *agency*).

sino de condicionar que la vida está asociada a la garantía de corrección de las relaciones intersubjetivas. Si el Derecho coincide con la garantía de las relaciones "racionales" de justicia intersubjetiva, entonces no puede asumir el valor o el papel de un "simple medio".

En conclusión, la corrección de la tesis según la cual el *rule of law* constituye un "medio" depende obviamente de la definición dada al concepto. Es importante repetir que tal tesis no puede extenderse sin equívocos al Derecho moderno en el sentido propuesto por KANT; el Derecho, como he recordado, ya no tiene únicamente las propiedades técnicas de un instrumento, sino que también posee la propiedad racional de control de las condiciones de justicia entre los individuos; en el sentido kantiano, sin necesariamente adoptar alguna ética determinada.

De cualquier modo, requisitos como la generalidad, la abstracción, la publicidad, la igual consideración, son en sí mismos instrumentos técnicamente esenciales para una eficiente guía de la conducta; se prestan efectivamente a una pluralidad de objetivos, y más allá de servir a la autoridad del "príncipe", al mismo tiempo parecen deseables también por lo que se refiere "aparte populi", porque están, a su vez, entre las condiciones indispensables (necesarias mas no suficientes) para el respeto a la "dignidad" de los individuos[54].

Así, ahora es posible identificar las posibles implicaciones de fondo que las diversas definiciones de *rule of law* pueden designar: i) como instrumento cuyos principios eminentemente funcionales conservan un valor "negativo" de (necesaria pero no suficiente) tutela de la dignidad (RAZ); o ii) como conjunto de condiciones que sustentan el telar de la justicia intersubjetiva (base de cualquier visión del bien, KANT), el *rule of law* se presenta con mucha mayor claridad como el escenario en el cual "todo" debe ocurrir; a partir de lo cual se deben articular sus principios formales (principios "funcionales" o bien principios de justicia) en su relación con los *social goals* y con las posibles éticas compartidas. Como tales, además no es posible excluir a estas últimas, las que en muchas ocasiones pretenden ser desacreditadas, pero que en nuestras sociedades aspiran a ser colocadas dentro de un "equilibrio" que justamente, al final, el Derecho tendría que adoptar, permitir y tutelar.

De esta manera, los principios formales del *rule of law* y aquellos sustantivos que pueden entrar en conflicto con los primeros (como el principio de solidaridad, el principio de autonomía individual, etc.) tienen un peso que debe ser balanceado, "ponderado", puesto en equilibrio recíproco.

La imposibilidad de traducir el *rule of law* de medio a fin, o bien de estructurar la convivencia como objetivo último de justicia (se trataría de una indebida anteposición del instrumento a cuyos objetivos debería servir, ya sea bien a la justicia o a la ética), significa, en ambos casos, que la fuerza de sus principios formales no es absoluta. Además nos provee de premisas suficientes para rechazar tesis como aquella sustentada por SCALIA, orientada en realidad a privilegiar la certeza del Derecho, capaz de transformarse en una clausura puramente "textualista" y formalista del Derecho.

---

[54] Sin embargo, esto, como lo he explicado, en RAZ aparece sólo como una consecuencia del perfil de la autoridad práctica, de guía de las conductas, que describiría la esencia del *rule of law.*

Se podría llegar a bastantes más conclusiones: en primer lugar, debido a que la estructura del Derecho está *basada* en los requisitos "formales" del *rule of law,* los mismos no pueden ser puestos en peligro; en segundo lugar, ello no implica que las virtudes del *rule of law* deban ser transformadas en requisitos inmunes a un juicio de proporcionalidad con tal de impedir el respeto a ciertos cánones concurrentes, como, por ejemplo, la garantía del "contenido esencial" *(essential core)* de los derechos (presentes explícitamente en el ordenamiento alemán o en la Constitución europea) [55].

El equilibrio entre ambas exigencias no se puede mantener si no se tiene en cuenta que el ordenamiento tiene una estructura compleja formada por reglas y principios.

Por supuesto que esta tesis acerca de la coexistencia de reglas y principios ante todo parece repetir aquella expresada por DWORKIN; sin embargo, éste la orienta de modo unidireccional; como se ha dicho, el intérprete dworkiniano refiere los principios exclusivamente a los derechos morales de los individuos. Pero, como se ha señalado, entre los principios que pueden entrar autorizadamente en competencia también están los principios funcionales o de justicia del *rule of law.*

Esto es relevante, precisamente cuando abordamos el problema del abuso. Aquí los términos de la cuestión no dependen de un choque entre *reglas y principios;* choque que en DWORKIN estaría destinado fatalmente a la victoria de los segundos *(rights)* sobre las primeras *(rules).* Se trata, en su lugar, de una comparación entre principios, entre aquellos del *rule of law* que están concretados en forma de reglas y cualquier otro principio sustantivo competidor que proteja intereses colectivos o derechos individuales.

Cualquier desequilibrio injustificado producido en nombre del *rule of law,* se podría concluir, coincidiría con un abuso del *rule of law.*

5. DEL *RULE OF LAW* AL ABUSO DEL PODER

Diversos estudios, sobre todo en el área de la teoría general del Derecho, adoptan algunos elementos de asociación entre figuras como el abuso de derecho (subjetivo) y una figura específica del abuso de poder: la del uso desviado de los poderes públicos (desvío). La idea de conectar abuso y *detournement de pouvoir* ha sido sostenida sobre todo en el ámbito del institucionalismo jurídico francés [56], no sin discusión y críticas de parte de muchos autores [57]. La doctrina administrativista europea se refiere con esta expresión a aquellos casos en los que el poder público es utilizado para algún objetivo diferente al cual ha sido instituido. Como ya he mencionado, también en el caso del desvío es necesario recurrir a principios. Ahora bien, como ATIENZA y RUIZ MANERO han señalado para interpretar si los fines típico-legales han sido "vulnerados", «(...) es necesario recurrir a los principios que justifican tanto la propia regla que confiere el poder como las reglas regulativas que determinan su uso permitido» [58].

---

[55] Ley Fundamental alemana, art. 19/2; Constitución de la Unión Europea, art. II-112/1.
[56] Se puede ver a HAURIOU, M., 1898: *Précis élémentaire de droit administratif,* Paris, p. 190.
[57] Por ejemplo, GIORGIANNI, 1963: p. 149.
[58] ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: pp. 98-99.

Lo distintivo del abuso-desvío de poderes públicos es que se deben valorar las consecuencias, en términos fácticos, en particular si tales consecuencias constituyen un daño injustificado o un beneficio indebido; ambas situaciones excluidas por los principios que justifican en el ordenamiento la atribución del poder que ha sido usado. Un poder público, a diferencia del privado que es libre en la persecución de sus objetivos, está instituido para conseguir fines que materializan el interés público; más aún cuando está encaminado formalmente a perseguirlos [59]; sin embargo, en los hechos el ejercicio de esos poderes puede producir estados de cosas inaceptables [60] al violar principios jurídicos (por ejemplo, establecer legítimamente *prima facie* un determinado número *clausus* en el acceso universitario podría tener el resultado de hecho, que bajo circunstancias concretas se hiciera imposible el acceso a una cierta categoría de sujetos asociada y definida por cierta religión; o al ordenar el tráfico se podría generar un estado que de hecho injustamente da ventajas a una empresa de transportes en perjuicio de otras) [61]. Esta lógica también podría aplicarse en línea teórica al legislador, en caso de que en el ejercicio de la función legislativa termine por violar principios constitucionales, o al juez, por ejemplo en casos donde haga uso del poder de detención cautelar (custodia) sencillamente para condicionar al acusado «a asumir una determinada conducta procesal» [62]. Es significativo que el recurso a la idea misma de desvío de poder haya ocurrido a instancia del Consejo de Estado francés para intervenir sobre la discrecionalidad administrativa, en clara reacción al formalismo jurídico detrás del que se ocultaba.

Querría enmarcar esta visión de las cosas en una idea más general; en la legitimidad que tienen los poderes públicos para determinar la aplicación o el empleo de una regla. Si el *rule of law* es entendido bajo la postura del "poder de las reglas", el abuso del *rule of law* no depende meramente de la violación de las mismas; sin embargo, tampoco *depende sencillamente del hecho de haber producido daños o perjuicios a derechos preexistentes.* El problema se entiende mejor si se acepta que el ejercicio de los poderes públicos puede generar legítimamente tanto beneficios como daños. Como podría ser para un propietario la calificación de su solar como edificable o agrícola: en todo caso, esto no puede hacerse de forma arbitraria; esto es, violando los principios de no arbitrariedad, sensatez, eficiencia, economía, tal y como señala la jurisprudencia y la doctrina italiana u otros que podrían ser relevantes.

Esta circunstancia muestra que contrastar el empleo del poder público sobre la base de los derechos violados no resulta para nada una buena estrategia. En estas circunstancias, puesto que la vía del reclamo de los derechos resulta vana, ayudaría más a combatir el abuso de poder si lo analizamos en términos de desvío.

---

[59] De otra manera se trataría de fines excluidos por las reglas que confieren poderes, esto es, de una violación de normas, de un ilícito típico, no atípico, no estaríamos en presencia del particular "abuso" que es el "desvío".

[60] El desvío reingresa en aquellos vicios de la acción pública que la doctrina administrativa considera violaciones de los límites internos de la discrecionalidad administrativa «que no están consagrados expresamente en normas legales»; en particular los juristas italianos creen que el desvío está presente cuando el interés no es definido como interés público o cuando «la causa del acto no resulta ser aquella típica del poder, para cuyo ejercicio ha sido emitida» (VIRGA, P., 1976: *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione,* 2.ª ed., Milano, pp. 264-265).

[61] *Cfr.* ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: pp. 106 y ss.

[62] ATIENZA y RUIZ MANERO, 2004: p. 114.

En este punto puede resultar útil el caso *Plyler vs. Doe* resuelto en 1982 por la Corte Suprema estadounidense. Sobre el mismo, Owen FISS subraya que no habría tenido sentido, en contra de la medida legislativa (del Estado de Texas) que excluía de la enseñanza secundaria a los hijos de inmigrantes que habían accedido al país de forma ilegal, objetar que tal medida violaba la prohibición de discriminación y, por tanto, los derechos que se desprenden del principio de igualdad y de la *Equal Protection Clause.* Esto porque en línea de principio siempre es posible que los poderes públicos distingan o discriminen a través de medios legales; es suficiente que exista un reconocido y racional objetivo público para que el criterio discriminatorio opere. En el caso señalado, en contra del poder excluyente ejercido por el Estado de Texas, la Corte Suprema señaló que, más allá de los derechos que se desprenden del principio de no discriminación, otro argumento pudo y debió haber sido utilizado para censurar los efectos irracionales de la medida, efectos que violan el *"anti-caste principle",* que además también se desprende de la *Equal Protection Clause.* Dicho principio es aquel que prohíbe promover una sociedad de desiguales *(unequals),* de castas y de parias, en la que algunos sujetos quedan socialmente y económicamente en inferioridad y subordinación.

Las consecuencias son pues ilícitas, pero no sobre la base de un principio que tutela los derechos, sino de un principio diferente que tiene que ver con el *interés público:* el principio de no-subordinación, el cual protege a la sociedad americana como un *«community of equals»* [63].

Por otro lado, que el ejercicio del poder pueda ser frenado por la lógica de los límites internos, aquellos que se refieren al abuso de poder en general, antes que por la violación de los derechos, parece bastante comprensible en el universo jurídico europeo.

En cierto sentido, si se piensa en determinados ordenamientos como el italiano (que junto al francés y al alemán mantienen continuidad en muchos aspectos) es como si en ellos estuviera inscrito con antelación, *a priori,* una diversidad de planos que hacen también hoy y lo han hecho por tradición que sea jurídicamente imposible una colisión entre derechos individuales y el ejercicio de los poderes legales lícitos *prima facie* (o sea conformes a las reglas, conformes al *"rule of law as law of rules"*). Entonces la imposibilidad de la colisión está presupuesta conceptualmente en la misma construcción del Estado administrativo y de la justicia (jurisdicción) administrativa de la Europa contemporánea continental. Por tanto, no es jurídicamente posible oponerse al poder público a través del arma de los derechos individuales. Esto porque la relación entre el poder público que se vale de una norma legal y la esfera de los derechos privados es una relación a menudo parecida a la concedida por EPICURO entre nosotros y la muerte: no hay razón para temerle, puesto que, mientras nosotros estamos, ella no está; y si ella está, nosotros no estamos más. Si el ejercicio de un poder refleja una regla legal que goza de una legitimidad *prima facie,* el derecho subjetivo, por ejemplo del propietario expropiado, se presenta "debilitado", es decir, transformado en un "interés" (en interés legítimo). Es significativo que el ciudadano que entra en con-

[63] FISS, O., 1999: *A Community of Equals. The Constitutional Protection of New Americans,* Boston: ed. J. Cohen, J. Rogers, p. 12.

tacto con el ejercicio de los poderes institucionales del poder público y se cree perjudicado por un acto legal de la administración pública, no puede alegar contra este adversario dotado de "supremacía" [64] el propio derecho (por ejemplo el de propiedad), tampoco en un juicio puede recurrir ante el juez (administrativo, no ordinario) alegando un interés, cualificado o justificado, en controlar que la acción de la administración haya sido emitida en el marco del respeto a la legalidad, sin exceso de poder, sin falta de competencia. Obviamente, el problema no se vería en estos términos si el poder público emitiera actuaciones radicalmente equivocadas, como podría ocurrir si lo hiciera en ausencia de una regla de competencia del poder que dice ejercer; en cuyo caso no dispondría de ninguna supremacía, ni de ninguna protección particular respecto de aquellas que tiene cualquier ciudadano privado.

Esta atmósfera propia de la tradición estatal europea hace más interesante la teorización de la lógica del abuso de poder, en el sentido señalado según el cual el desvío es deducible de un control que tiene su origen en los principios de justificación, y no sólo en la conformidad con la "regla" que lo confiere y lo autoriza.

Desde la perspectiva del abuso, se tiene la sensación de que la figura "atípica" del desvío es atribuible a la idea de un abuso del *rule of law,* en el sentido de abuso del principio de legalidad de la acción. Esto consiste: *a)* en que el poder efectivo radica en el mando del órgano que lo ejercita y en el respeto a los poderes atribuidos por la ley, y, además, *b)* en la incapacidad de las consecuencias de la acción de resistir la prueba de los principios que gobiernan el ejercicio de ese poder. Con esto, lo subrayo, no estamos frente a un conflicto entre derechos y el *rule of law.* El abuso del *rule of law* se puede distinguir del simple *abuse of rights,* en el sentido, esta vez, de la lesión de los derechos.

6. UN EXPERIMENTO JURÍDICO. EL ABUSO DEL *RULE OF LAW* EN *GUANTANAMO BAY*

Para concluir, bajo esta lógica es posible además reconstruir problemas diversos acerca del control judicial del ejercicio de poderes públicos. En el caso *Padilla vs. Rumsfeld*[65], la Corte Suprema estadounidense negó la admisión del *"habeas corpus petition"* solicitado por el recurrente Padilla porque la petición iba dirigida a una Corte Federal de Nueva York y no a la de South Carolina, Estado en el que, dos días después de su detención y una vez calificado como *"enemy combatant",* Padilla fue trasladado; la Corte sostuvo que el *"habeas statute"* requiere, en términos generales, que

[64] El concepto de "supremacía", al cual siempre se ha opuesto la cultura jurídica anglosajona, está presente ante todo en el iuspublicistia alemán Otto MAYER, 1895: *Deutsches Verwaltungsrecht,* I, Berlín, quien distingue la personalidad del Estado de la persona según el Derecho civil (MAYER, 1895: p. 49), define la supremacía a partir de la desigualdad entre el Estado y los sujetos, por consiguiente derivado del hecho de que el Estado cuenta con poder público (MAYER, 1895: p. 67). La cultura jurídica anglosajona se mueve en un concepto opuesto. Si bien la incompatibilidad con la creación de tribunales administrativos adecuados tenga que entenderse como superada, no obstante, la definición conceptual de las relaciones entre Estado, Administración y ciudadanos es distinta (*cfr.* DICEY, 1885: pp. 193 y ss. Sobre DICEY en general, *cfr.* CASSESE, S., 1990: «Albert Venn Dicey e il diritto amministrativo», *Quaderni fiorentini,* 19, pp. 19 y ss.).

[65] 542 US 426 (2004).

las peticiones contra las medidas de detención sean propuestas en el distrito más cercano a aquel en el que ocurre la detención. Hacerlo de otra manera permitiría un *"forum shopping"* a favor del detenido, o sea, la libre elección según su propio interés de la Corte donde haya de ser juzgado. Cuando la competencia del foro debe considerarse inderogable. No obstante esta postura, las palabras redactadas por el juez Stevens en su voto particular señalan una serie de abusos: el primero cometido por las autoridades militares; que parecieran entender el poder de trasladar al preso como si consistiera en "un derecho de procesar" a las personas arrestadas en cualquier sitio elegido por el poder militar; el segundo es igualmente visible en las consideraciones ulteriores de Stevens:

> Si el imputado tiene o no derecho a una liberación inmediata es una pregunta a la que juristas razonables pudieran dar soluciones diferentes. En todo caso, sólo hay una respuesta posible a la pregunta de si tiene derecho a ser puesto en conocimiento sobre las razones de su detención [66].

Como se aprecia, lo que está en juego son las relaciones entre el poder ejecutivo y el *rule of law.* Los límites internos de los poderes del ejecutivo tienen que encontrarse, en este caso, en la relación entre el ejecutivo y el judicial, en el *due process* [67], en el *rule of law.* Esos *límites* no pueden ser frustrados por el servil respeto a la fórmula literal de una regla de procedimiento; lo que se debe tratar de establecer es si los actos cumplidos por la administración militar son expresión de un empleo que llamaríamos "desviado" a la luz de los principios subyacentes a la norma.

En esta parte, el abuso del *rule of law* puede ser deducido precisamente de las palabras de la *dissenting opinion* de Stevens, según la cual el que la detención de *ciudadanos* subversivos tales como Padilla o la detención de soldados enemigos esté dirigida a alejarlos del campo de batalla, podría estar justificada por el intento de impedir que se lancen, o se transformen en misiles de destrucción. En cualquier caso, no puede justificarse en el mero interés de usar procedimientos ilegales para extraerles información [68].

Una detención sin comunicación alguna, dilatada por varios meses, «constituye precisamente uno de tales procedimientos» [69]. Si después la información que se indaga por esos medios es menos confiable que aquella adquirida por medios más extremos como la tortura no es una cuestión relevante aquí. En definitiva, si esta nación quiere

---

[66] *Ibid.,* p. 464.

[67] Como es conocido, se trata de la Quinta enmienda (1791) de la Constitución federal estadounidense que prevé que «nadie pueda ser privado de vida, de la libertad o de la propiedad sin el *due process of law*». Inicialmente el sentido de esta previsión fue interpretada por la Corte Suprema como referida a los «procedimientos tradicionales del *common law*», y sucesivamente como referida a procedimientos «fundamentalmente justos» [*fundamentally fair* (*cfr. Powell vs. Alabama,* 287 US 45, 1932), en donde se sostuvo que los acusados indigentes tienen derecho a un abogado por cuenta del Estado, aunque no lo previera el *common law*].

[68] *Padilla vs. Rumsfeld, op. cit.,* p. 465.

[69] Con mayor razón si se toma en cuenta aquello que el propio Stevens refiere: los poderes militares que han puesto en custodia al detenido «han sido significativamente candidos a propósito del motivo de la detención del imputado» y han declarado: «nuestro interés en el caso específico no es la aplicación de la ley, no es el castigo para hacer de él ante el estado un terrorista o un colaborador de los terroristas. Nuestro interés en ese momento es buscar y encontrar cualquier cosa que sepa, y así seguramente lograr detener otros actos terroristas» (233 F. Supp. 2d 564, 573-574 SDNY 2002) [tomado de *News Briefing,* Dept. of Defense (June 12, 2002), 2002 WL 22026773].

ser fiel a los ideales simbolizados por su bandera, no debe recurrir a los instrumentos de los tiranos, aunque tenga que resistir un ataque que proviene de fuerzas tiránicas[70].

Como es evidente, esta argumentación no se apoya en la prioridad de los derechos humanos; por el contrario, se apoya en lo inaceptable de las finalidades reales del poder una vez confrontado con los principios relevantes que lo regulan. Por tanto, el argumento se muestra diferente porque hace referencia a la idea de abuso del poder o de derecho, antes que a la tesis de la violación o la denegación de derechos humanos.

Se trata de un argumento diferente de aquel que, por ejemplo, puede leerse en las palabras de Ronald DWORKIN. Autor que sacude la convicción de la "Administración Bush", según la cual el Derecho vigente permite detener indefinidamente a algunos prisioneros calificados como *"unlawful combatants",* sin acusación o proceso y someterlos a interrogatorios sin las garantías mínimas favorables de las que gozan los prisioneros de guerra: «que todo esto sea o no permitido por la Carta del Derecho internacional es irrelevante, la decencia y el respeto de los derechos humanos exigirían que la administración los deje aparte y elija entre perseguir a sus prisioneros como criminales, con las garantías ordinarias del proceso penal, o tratarlos como prisioneros de guerra». Esta elección en efecto pondría punto final a las formas de humillación como la privación física y psicológica a la que los presos son sometidos; de hecho, «la actual política seguida por el gobierno muestra un inaceptable desprecio por los derechos y la dignidad de sus víctimas»[71].

Estas consideraciones siguen un itinerario que no pasa por el abuso de poder, pero sí por la prioridad de los derechos humanos; una vía que, sin embargo, en la práctica en algunos casos se puede revelar más difícil de recorrer.

Para continuar sobre este punto, es igualmente significativo el bien conocido caso de la detención de personas por diversos motivos en la base de Guantánamo; personas que también solicitaron conocer sus acusaciones y las razones del encarcelamiento indefinido. La administración Bush ha respondido a partir de una línea de defensa basada en reglas, antes que en su justificación.

Esmeradamente ha evitado determinar la definición de qué derechos deben garantizar las autoridades militares a la diversidad de sujetos detenidos, tanto a combatientes regulares de un Estado enemigo, como a combatientes irregulares y terroristas aislados, personas simplemente sospechosas o ciudadanos de un país amigo, y así sucesivamente. Los Estados Unidos quizás habrían podido defender el mérito de su propio proceder, si hubieran sostenido que habían respetado el *due process* o a la Convención de Ginebra, incluso no aceptando por completo todas las solicitudes de defensa y contradictorio por razones de seguridad nacional, dadas las circunstancias dramáticas de la guerra contra el terrorismo. Sin embargo, el gobierno ha elegido sencillamente negar que los detenidos puedan recibir cualquier tipo de protección constitucional, suponiendo que no habría instrumentos para extender el *habeas corpus* más

---

[70] *Padilla vs. Rumsfeld, op. cit.,* p. 465.

[71] DWORKIN, R., 2004: «What the Court Really Said», *The New York Review of Books,* vol. 51, n.º 13, 12 de agosto. DWORKIN retoma aquí su artículo anterior, 2003: «Terror and the Attack on Civil Liberties», *The New York Review,* 6 de noviembre.

allá de las jurisdicciones "naturales" de las Cortes federales: desafortunadamente los prisioneros no se encuentran en los Estados Unidos, bajo su "soberanía", sino en Cuba.

Este argumento "formal" es una clásica referencia a los límites establecidos por las reglas del *rule of law,* pero, como tal, el aparente respeto a una regla legislativa es utilizado para ocultar un exceso a los límites internos en principio asignados al tipo de poder ejercitado en este caso.

Aunque resulta patente la violación de los derechos humanos de los detenidos, la cuestión aparece fuera de *focus,* del plano sobre el que se desarrolla la confrontación jurídica. Más allá de cualquier cosa que se piense sobre los derechos humanos y el *habeas corpus,* el problema es que el gobierno ha podido proveerse de un "lugar" fuera del alcance del poder deontológico de los derechos civiles y de los derechos humanos, un lugar donde resulta procesalmente inadmisible y no disponible cualquier jurisdicción, de forma que lo que se manifiesta no es el Derecho, sino sólo el poder.

Por esta razón, mientras que argumentar a través de la lente de los derechos humanos puede resultar estratégicamente inútil, parece relativamente más conveniente cuestionar la legalidad del poder sobre la base de sus mismos principios, y así acceder al problema del abuso del *rule of law.*

La Corte Suprema en el caso *Rasul vs. Bush* [72] ha rechazado los argumentos de la Administración americana, concediendo el *habeas corpus* y tocando sustantivamente la "raíz", los fines y el sentido del poder público. Ante todo, según la Corte, el Congreso ha otorgado a las Cortes federales del distrito, «dentro de sus correspondientes jurisdicciones», la autoridad, el poder, la competencia de recibir peticiones de «*habeas corpus* de cualquiera persona que reclame estar custodiada "en violación de la Constitución, de las leyes o de los tratados de los Estados Unidos"» [73]. La razón histórica y la justificación de principio de tal autoridad es obviamente el control y la limitación de los preponderantes y como tales preocupantes poderes del ejecutivo [74]. Por otro lado, el *habeas corpus* pertenece al *common law* antes que a las leyes emanadas del Congreso para regularlo.

Finalmente, desde el punto de vista de la interpretación de la ley, la Corte retoma un precedente a partir del cual deduce que el ámbito de jurisdicción debe de ser entendido como referido al lugar de pertenencia y «custodia» no aquel a donde deben ser llevados los detenidos [75].

---

[72] 542 US 466 (2004).

[73] La Corte cita aquí 28 USC. § 2241(a), (c)(3).

[74] La Corte retoma estas justificaciones de casos anteriores: «[a]t its historical core, the writ of habeas corpus has served as a means of reviewing the legality of Executive detention, and it is in that context that its protections have been strongest», *INS vs. St. Cyr,* 533 U. S. 289, 301 (2001). También ver: *Brown vs. Allen,* 344 U. S. 443, 533 (1953) (JACKSON, J., concurring in result) («The historic purpose of the writ has been to relieve detention by executive authorities without judicial trial»).

[75] Aquí la Corte hace referencia a la sentencia anterior *Braden vs. 30th Judicial Circuit Court of Ky.,* 410 US 484 (1973). Se lee, en efecto: «this Court held, contrary to *Ahrens,* that the prisoner's presence within the territorial jurisdiction of the district court is not "an invariable prerequisite" to the exercise of district court jurisdiction under the federal habeas statute. Rather, because "the writ of habeas corpus does not act upon the prisoner who seeks relief, but upon the person who holds him in what is alleged to be unlawful custody", a district court acts "within [its] respective jurisdiction" within the meaning of § 2241 as long as "the custodian can be reached by service of process", 410 U. S., pp. 494-495».

Más allá de la letra del precedente, el recurso al mismo que utiliza la Corte depende de la opción por el *principio* que justifica la autoridad de las Cortes, que hace posible controlar la fuerza del poder ejecutivo; *no aquel que lleva a limitar o excluir la jurisdicción para proveer al ejecutivo de una zona franca.* Bajo esta óptica, aquella disposición legislativa *«within their jurisdictions»* debe ser entendida ante todo en el interés y con respecto a la posición del detenido. Es por esta razón que el *habeas corpus* también debe ser garantizado en un territorio sobre el que los Estados Unidos ejercen una plena y exclusiva jurisdicción, mas no una *«ultimate sovereignty».*

Por contraste, igualmente significativa y reveladora es la *dissenting opinion* del juez Scalia, quien sostiene el deber de mantenerse firme al texto de la previsión del § 2241 de la ley federal al igual que desestima el fundamento de las posiciones mayoritarias asumidas por los jueces de la Corte; sobre este particular aspecto:

> Por costumbre, hemos tenido en cuenta los intereses de los que se han sometido a nuestra jurisdicción. Hoy la Corte hace saltar una trampa del ejecutivo al someter a la supervisión de las Cortes Federales a *Guantanamo Bay,* aunque hasta la fecha nunca antes se hubiera entendido que estuviera dentro de su jurisdicción; con ello tal lugar ha sido considerado un lugar donde es realmente insensato haber confinado a extranjeros detenidos en tiempo de guerra *[and thus making it a foolish place to have housed alien wartime detainees]*[76].

Así, según Scalia, abandonando la anterior línea interpretativa ya consolidada, la Corte «extiende el ámbito de aplicación de la ley sobre el *habeas corpus* a los cuatro rincones de la tierra»[77].

El punto que defiende es que Guantánamo debió haber quedado como aquel en el que *la civilización jurídica está en suspenso,* por cuanto que eso es funcional a los intereses de los Estados Unidos. Pero creo que esto es justamente un abuso del *rule of law,* más todavía que una violación de los derechos humanos de los detenidos. Y ello en el sentido del ilícito que representa "construir" un lugar en el que el poder del ejecutivo es sustraído mágicamente a la jurisdicción de cualquier Tribunal, civil o militar. Esta ilicitud *interna* es el presupuesto para cumplir cualquier acto, incluso violaciones a los derechos humanos.

Según DWORKIN, el sentido de los pronunciamientos de la Corte es que «la Constitución no permite al Estado encarcelar indefinidamente bajo sospechas a combatientes enemigos o terroristas» sin acusarlos de algún crimen, y sin concederles la tradicional protección del Derecho penal, «a menos que sean tratados efectivamente como prisioneros de guerra. En cuyo caso gozarían de los beneficios y de las tutelas del Derecho internacional, incluida la Convención de Ginebra»[78]. Sin embargo, con esta respuesta DWORKIN sigue un camino diferente a aquel que he expuesto; esto es,

---

[76] *Rasul vs. Bush, op. cit.,* pp. 497-498.

[77] *Ibid.* También se lee en una ulterior parte del *dissent* de Scalia: «The reality is this: Today's opinion, and today's opinion alone, overrules *Eisentrager;* today's opinion, and today's opinion alone, extends the habeas statute, for the first time, to aliens held beyond the sovereign territory of the United States and beyond the territorial jurisdiction of its courts. No reasons are given for this result; no acknowledgment of its consequences made. By spurious reliance on *Braden* the Court evades explaining why *stare decisis* can be disregarded, *and why Eisentrager was wrong*», *ibid.,* p. 497.

[78] DWORKIN, 2004: p. 1.

el referido al abuso del *rule of law*[79]. Y su argumento lo posiciona en un plano que no responde y además escapa a la cuestión planteada por Scalia.

El argumento "consecuencialista" aducido en el *dissenting* de Scalia es por el contrario que se *ha defraudado la confianza de la administración americana;* podríamos decir que se ha traicionado la virtud del *rule of law,* la certeza del Derecho y, por tanto, el principio de tutela judicial por cuanto que la Administración había confinado a los detenidos en Guantánamo con la certera convicción de hacerlo libre de cualquier "interferencia".

Uno no puede evitar sentirse golpeado por esta sorprendente crítica de las "consecuencias". Cándidamente, se da por descontado y legítimo que las autoridades militares asumieran poder sustraer de la ley a los detenidos, más aún, que tuvieran la certeza de haberlo hecho. A la espontaneidad con que es expuesta esta presuposición se puede replicar adecuadamente cuestionando justamente la legitimidad de la presuposición y su fundamento jurídico: ¿merece ser protegida la certeza de estar (o que el propio poder, gracias a la extraterritorialidad de Guantanamo, esté) *legibus solutus*?, ¿o configura un interés indigno que hace abusivo, descarriado y por tanto ilícito el uso del poder?

El indigno interés de sustraer a los prisioneros de la ley también revela que el poder ejercido (y la interpretación de Scalia) constituyen cuando menos un verdadero "desvío". Finalmente, las propias "consecuencias" del ejercicio del poder de detención en Guantánamo contrastan con principios fundamentales como el del control entre poderes (en este caso del control judicial sobre el ejecutivo).

Por otro lado, un aspecto diferente y opuesto merece ser mencionado: un presupuesto que a menudo explícitamente ocupa el centro de la discusión es el "principio" de la seguridad nacional, un principio sustancial, el verdadero convidado de piedra; este principio es asumido sin moderación en especial en la búsqueda de los medios adecuados y sin ningún balance con otros principios.

Una última característica que se deja entrever en tal hecho es que este desvío, incluso apelando a las formas del *rule of law,* se aprovecha de su carga emotiva, antes que de un vínculo pragmático ofrecido por la apelación a la seguridad, hasta vaciar de contenido la coherencia de los requisitos mínimos del *rule of law.* Esto sin considerar no sólo el riesgo simbólico, sino los peligros de poner entre paréntesis determinadas garantías primarias. El riesgo está en declarar un "estado de excepción" incluso cuando se haga en la tierra de nadie de Guantánamo; éste se presenta como un momento paralelo que convive con el estado jurídico pero que en última instancia puede desatarse de los lazos de la civilización jurídica y entregarse, por decirlo con una expresión de Carl SCHMITT, a la tiranía de los valores.

(Trad. de Jesús Ibarra)

---

[79] El juez Kennedy ha sostenido (*concurring* en *Rasul*) que aunque el *habeas corpus* y el *due process* no pueden ser garantizados del mismo modo para todas las circunstancias, una tutela mínima, compatible con el interés militar, debe ser prestada a todos los prisioneros incluso aquellos que no son ciudadanos de una nación en guerra (*Rasul vs. Bush, op. cit.,* pp. 487-488).

IGUALDAD Y ACCIONES POSITIVAS. PROBLEMAS Y ARGUMENTOS DE UNA DISCUSIÓN INFINITA

Maria Vittoria Ballestrero

Universidad de Génova, Italia

RESUMEN. El artículo plantea el problema de la legitimidad de las "acciones positivas", sobre todo en lo que se refiere a los dos sectores donde dichas acciones han sido puestas a prueba: la discriminación sexual y racial. Para ello analiza críticamente la forma de razonamiento del Tribunal Supremo de los Estados Unidos (sobre la legitimidad de las acciones positivas en favor de minorías étnicas o raciales) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sobre la legitimidad de las acciones positivas en favor de las mujeres). Finalmente, la autora plantea qué tipo de igualdad es el que exigen las Constituciones de los países democráticos (¿una igualdad formal, de dimensión individual y conscientemente ciego frente a las diferencias, o una igualdad consciente precisamente de las diferencias que el primer principio desconoce?) y cuál es el objetivo de las acciones positivas (¿una igualdad en el punto de partida o una igualdad en el resultado?).

Palabras clave: Igualdad, acciones positivas.

ABSTRACT. This article raises the question of the legitimacy of "positive actions", specifically those concerning two fields where they have been improved and therefore tested: gender and racial discrimination. The author pursues a critical approach to the U.S. Supreme Court legal reasoning (on the legitimacy of positive actions in favour of ethnic and racial minorities) and to the European Union Court of Justice (on the legitimacy of positive actions in favour of women). After this former analyses, the author reflects on the kind of equality that is requested by the Constitution of the democratic countries (is it a formal, individual and consciously difference-blind kind of equality or is it an equality aware of differences?) and on the aim that should be reached by this kind of policies (is it an equality at the starting point or an equality concerning the result?).

Keywords: Equality, affirmative action.

INTRODUCCIÓN

He elegido como tema de esta ponencia la discusión infinita sobre la legitimidad de las "acciones positivas", sobre todo en lo que se refiere a los dos sectores donde dichas acciones han sido puestas a prueba: la discriminación sexual y la racial. Una "acción positiva" consiste en atribuir ventajas específicas a algún grupo, colectividad o clase de personas. Se trata, pues, de disposiciones de "Derecho desigual" que, como tales, pueden ser sospechosas —y siempre son sospechosas, en efecto— de sobrepasar los límites establecidos por el principio de igualdad.

Mi experiencia de jurista en el ámbito del Derecho laboral ha hecho que, desde hace muchos años, tenga que ocuparme de problemas de igualdad (sobre todo de igualdad entre trabajadores de diferente sexo), de igualdad de trato y de Derecho desigual (de acciones positivas en particular). Son problemas que pueden ser discutidos prescindiendo (al menos parcialmente) del Derecho positivo de tal o cual ordenamiento. Sin embargo, no es habitual para mí reconstruir argumentos sin referencia al Derecho positivo como voy hacer en esta ocasión. Por tanto, pido vuestra indulgencia.

Quiero comparar y analizar críticamente la forma de razonamiento del Tribunal Supremo de Estados Unidos (sobre la legitimidad de las acciones positivas en favor de minorías étnicas o raciales) y del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (sobre la legitimidad de las acciones positivas a favor de las mujeres). Al final, haré algunas observaciones personales.

Dos premisas me parecen necesarias.

La primera es que, desde siempre, estoy convencida de que el principio de igualdad sustantiva tiene, al mismo tiempo, una función de reparación de discriminaciones anteriores y de promoción de iguales oportunidades, y por eso constituye el fundamento de la legitimidad de las acciones positivas. No voy repetir lo que ya he publicado hace algunos años en castellano [1], pero, en las observaciones conclusivas de esta ponencia, voy a tomar en cuenta las conclusiones de ese viejo artículo.

La segunda premisa es una puntualización (terminológica y conceptual) para explicar por qué hablaré de acciones positivas *(affirmative action)* y no de discriminación inversa *(reverse discrimination).* La costumbre (creada, creo, por un artículo de Ronald DWORKIN) de usar estas dos expresiones —*affirmative action* y *reverse discrimination*— como si fueran sinónimas me parece la consecuencia de una confusión teórica o de una mala intención (como la intención, no confusa sin embargo, del juez Scalia, magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos, de la cual diré algo). *Reverse discrimination* es una discriminación directa de alguna clase de individuos. Pero el fin de una acción positiva (legítima), en favor de las mujeres o de una minoría étnica o racial, no es discriminar a los hombres o a los blancos, sino promover, mediante tratos preferenciales, la igualdad sustantiva de las mujeres o bien de los que pertenecen a una minoría. La discriminación inversa puede ser el efecto de una acción positiva, pero de una acción positiva ilegítima, es decir, de un trato preferencial no justificado a la luz del principio de igualdad que debería constituir su fundamento (y su límite). Por supuesto, si —como piensa *Justice* Scalia— ninguna acción positiva es legítima, enton-

[1] BALLESTRERO, 1996.

ces cualquier acción positiva es una discriminación inversa. Pero, si no aceptamos dicha premisa, esta conclusión no se sigue.

1. IGUALDAD Y ACCIONES POSITIVAS EN FAVOR DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y RACIALES. EL ENFOQUE DEL TRIBUNAL SUPREMO NORTEAMERICANO

Después de estas premisas, vamos a ver ahora el enfoque del Tribunal Supremo norteamericano.

Como se sabe, el Tribunal Supremo norteamericano, aunque habiendo abandonado la interpretación "originalista" de la *Equal Protection Clause* (es decir, según la "intención originaria" de los constituyentes), permanece fiel todavía a una interpretación individualista (o formal) del principio de igualdad. La fidelidad a una concepción de la igualdad como derecho individual hace muy complicada la estrategia argumentativa que el Tribunal se ve obligado a "inventar" para encontrar un equilibrio satisfactorio (o al menos aceptable) entre la protección de los intereses individuales y la protección de los intereses de una minoría o de un grupo. Éste, en efecto, es el problema fundamental que el Tribunal tiene que resolver cuando se enfrenta con la cuestión, muy complicada, de la justificación constitucional de tratos preferenciales, puestos en obra para luchar contra la discriminación racial o étnica (más raramente contra la discriminación sexual).

Las sentencias que quiero exponer y comentar son los casos *Grutter v. Bollinger et al.* y *Gratz v. Bollinger et al.* Ambos emitidos el 23 de junio de 2003, ambos decididos por cinco magistrados contra cuatro, pero no con la misma mayoría: los tres magistrados progresistas forman parte de la mayoría en el primer caso, pero forman parte de la minoría discrepante *(dissenting)* en el segundo. Este hecho no es casual y confiere un sentido político diferente a las dos sentencias.

Ambos casos tienen el mismo objeto: ciertos *race-conscious admission programs* (programas de admisión de estudiantes que tienen en cuenta su raza); en particular, ciertos métodos de valoración de los candidatos a la admisión a la Universidad de Michigan (la *Law School* en el primer caso; el *LSA, College of Literature, Science and the Arts* en el segundo); métodos que tienen en cuenta (como un *plus factor*) la infrarrepresentación, entre los estudiantes, de los afroamericanos, los hispanos y los nativos americanos (*African-American, Hispanic* y *Native-American).*

Antes de reconstruir brevemente los argumentos empleados en los dos casos, hace falta decir algunas palabras sobre el precedente invocado, en ambos casos, por el Tribunal. Es decir, la motivación del juez Powell en el caso *Bakke* (de 1978), considerado como precedente relevante y vinculante, en el cual se discutía de programas *race-conscious* de admisión a la *Medical School* de la Universidad de California.

En el caso *Bakke*[2], el Tribunal no logró producir una fundamentación de la mayoría. Sin embargo, el voto del juez Powell hizo prevalecer la opinión contraria a la cons-

---

[2] Sobre el caso *Regents of University of California v. Bakke* (1978), y sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en materia de *affirmative action, cfr.* D'ALOJA, 2002: pp. 127 y ss., y sus

titucionalidad de la *affirmative action.* Al mismo tiempo, sin embargo, el juez Powell, compartiendo parcialmente la opinión de los cuatros jueces favorables a admitir la constitucionalidad de la *affirmative action,* formuló la tesis según la cual los tratos preferenciales basados en la consideración de la raza *(racial classifications)* no son contrarios a la *Equal Protection Clause* a condición de que dichos tratos respondan "estrictamente" a un *compelling state interest* (es decir, «un interés estatal impelente», identificado por el juez Powell, en el caso *Bakke,* en la *student body diversity,* la diversidad entre los estudiantes), y por lo tanto dichos tratos estén en condiciones de superar (o satisfacer) el *strict scrutiny test;* el test que, según la opinión del Tribunal, cualquier *racial classification* ("clasificación racial") tiene que superar para no estar en contradicción con el principio de igualdad[3].

Aceptando la "diversidad" entre los estudiantes como *compelling state interest,* el juez Powell favorecía el nacimiento de una nueva concepción de la función de las acciones positivas, según la cual las acciones positivas tienen la función no sólo de resarcir una discriminación pasada sino también de redistribuir oportunidades *(forward-looking justification)*[4]. Esta concepción será consagrada en el caso *Johnson* (1987)[5], cuyo ponente fue el juez progresista Brennan[6]: en esta sentencia, la mayoría del Tribunal aprobó una acción positiva cuya finalidad era la obtención de una mejora gradual en la representación de las mujeres (en este programa se había comprometido voluntariamente un empresario no *wrongdoer,* es decir, alguien que nunca había discriminado en el pasado)[7].

Sin embargo esta orientación del Tribunal (en aquella época mayoritaria), favorable a tratos preferenciales *racial* o *gender conscious,* no ha durado mucho tiempo. En 1995, con el caso *Adarand Constructors, Inc. v. Pe-a,* la suerte de las acciones positivas ya parece desesperada. El Tribunal —con una mayoría que incluye al juez Scalia, el defensor más puro y directo de una interpretación constitucional *colour blind* (es decir, indiferente al color de la piel)— afirma ahora que cualquier trato preferencial basado en la raza, cualquiera que sea su finalidad, o bien es inconstitucional sin más,

---

referencias bibliográficas; respecto, en particular, a la diferencia entre la actitud del juez Powell en el caso *Bakke* y la actitud del juez O'Connor en el caso *City of Richmond v. J. A. Croson Co.* (1989), *cfr.* ROSENFELD, 1991: pp. 204 y ss.

[3] *«Strict in theory, but fatal in fact»:* así considera el *strict scutiny test* el juez Marshall (*dissenting opinion* en *City of Richmond v. J. A. Croson Co.,* 1989), a pesar de que comparte con la mayoría del Tribunal la idea de que *«the utlimate fulfilment of constitutional equality lies in the establishment of a truly color-blind society».*

[4] La *forward-looking justification* de las acciones positivas, conectada con los beneficios de la integración y de la cohesión social, fue teorizada por Ronald DWORKIN en el muy conocido ensayo *Reverse discrimination* (1976); sobre el *utilitarian argument* de DWORKIN, *cfr.* las reflexiones críticas de ROSENFELD, 1991: pp. 104 y ss.

[5] *Johnson v. Transportation Agency, Santa Clara County, California* (1987). Sobre el caso *Jonson, cfr.* BALLESTRERO, M. V., y TREU, T., 1988.

[6] En la sentencia *United Steelworkers v. Weber* (1979), redactada por el juez Brennan, ya el Tribunal había juzgado legítimo un programa de acción positiva cuya finalidad era la realización del reequilibrio de la presencia de trabajadores afroamericanos en la empresa, de forma que el evidente desequilibrio en la composición de la fuerza de trabajo en la empresa fuese corregido.

[7] El Tribunal afirma que la acción positiva no se vuelve ilegítima por el hecho de que el empleador asuma voluntariamente el *burden* de remediar los efectos actuales de una discriminación de las mujeres en el pasado, a pesar de que el empleador no es culpable de haber discriminado a las mujeres. Esto constituye un progreso frente a la concepción de la *affirmative action* legítima como estrictamente dirigida a resarcir una discriminación pasada realizada sólo por el *wrongdoer.*

o al menos es "sospechoso", y entonces debe estar "estrictamente ligado" a un interés público (estatal o federal) impelente, que en todo caso el Tribunal debe someter a *strict scrutiny.* Este interés impelente puede legitimar tratos preferenciales basados en la raza sólo si no puede ser realizado de otra forma, y sólo si está probada de forma indiscutible la conexión causal entre la discriminación pasada y la desventaja efectiva de la raza en cuestión. Lo que quiere decir que una acción positiva legítima es prácticamente imposible.

1.1. Tras este largo preámbulo, vamos a ver ahora el caso *Grutter,* porque el Tribunal Supremo —a pesar de que en su composición actual los jueces progresistas son una pequeña minoría y a pesar de las presiones políticas del gobierno Bush— ha vuelto a abrir cautelosamente la puerta por la cual pueden pasar acciones positivas legítimas.

El caso se refiere a la admisión a la *Law School.* Para la admisión los candidatos son valorados sobre la base de varios elementos, que incluyen la «diversidad étnica o racial», que puede constituir un *«potential plus factor»,* es decir, un elemento preferencial potencial, a fin de admitir ciudadanos afroamericanos, hispanos y nativos americanos: ciudadanos que, sobre la base de un método de admisión *racial blind,* indiferente a la raza, podrían no estar representados significativamente entre los estudiantes. El programa de la *Law School* prevé en efecto favorecer la admisión de una *critical mass* de *minority students,* siendo la *student body diversity* un elemento esencial para las relaciones interculturales, que la *Law School* considera altamente formativo para ejercer la profesión jurídica.

La cuestión es si la diversidad es un interés tan impelente como para justificar la consideración de la raza de los candidatos *(whether diversity is a compelling interest that can justify the narrowly tailored use of race in selecting applicants for admission to public universities).* La respuesta del Tribunal —en la fundamentación de la mayoría, redactada por la jueza O'Connor— es afirmativa y confirma la opinión del juez Powell en el caso *Bakke.*

En primer lugar, el Tribunal establece que una acción positiva basada en la raza puede ser admitida no sólo cuando su finalidad es remediar discriminaciones pasadas, sino también cuando tiene la finalidad de satisfacer un *state compelling interest,* un interés estatal impelente, y que éste es el caso de la diversidad en la educación, es decir, la representación de las minorías entre los estudiantes. Confirmando la opinión del juez Powell, y respetando las reglas del *strict scrutiny,* el Tribunal reconoce entonces que la diversidad en la educación constituye el fundamento de la buena ciudadanía e implica reales beneficios sustanciales en el ejercicio de la profesión.

En segundo lugar, el Tribunal establece que un *race-conscious admission program,* un programa de admisión que tiene en cuenta la raza, no viola la *Equal Protection Clause* (que sin embargo, según el Tribunal, protege a individuos, no a grupos) cuando elige un sistema de cuotas, cierto es, pero con un sistema de valoración dúctil e individualizado en relación con cada candidato, que tiene en cuenta su raza o su etnia con la única finalidad de promover la diversidad de los estudiantes, mediante una representación adecuada de las minorías raciales y étnicas. (El sistema de cuotas había sido juzgado inconstitucional en el caso *Bakke,* porque este sistema reservaba tratos pre-

ferenciales distintos directamente a los grupos étnicos y raciales: tratos, entonces, basados directamente sobre la consideración de la raza o de la etnia.)

1.2. Esta puerta abierta a las acciones positivas —abierta en el caso *Grutter*— el Tribunal vuelve a cerrarla en el caso *Gratz.* Aquí, el Tribunal (siendo ponente el presidente Rehnquist), con una mayoría distinta, establece que el uso de criterios de preferencia basados en la raza, para la admisión al *College LSA,* viola el principio de igualdad. Según la mayoría del Tribunal, el fundamento de esta decisión —que parece contradecir al caso *Grutter,* pero que se basa ella también en la opinión del juez Powell— radica en la rigidez del sistema elegido por el *College LSA:* un sistema que prevé la atribución automática de una ventaja de veinte puntos a los candidatos afroamericanos, hispanos y nativos americanos. En este caso, según le parece al Tribunal, el elemento étnico o racial es decisivo para la admisión del candidato. Y por eso la mayoría del Tribunal lo considera como un sistema de cuotas, que contradice los principios del caso *Grutter* (e igualmente del caso *Bakke*).

1.3. De este breve resumen de los dos casos se saca la impresión de que toda la cuestión de la legitimidad de las acciones positivas se disuelve en la discusión sobre la admisibilidad de las "cuotas", es decir, de tratos preferenciales basados directamente sobre la consideración de la raza o de la etnia. Sin embargo, el sentido más profundo de la cuestión es otro.

En mi opinión, el caso *Gratz* pone de relieve la imposibilidad de conciliar una concepción estrictamente individualista y formalista de la igualdad (es decir, la idea según la cual los individuos son iguales *sin distinción* de raza, o dicho de otro modo, en palabras del juez Scalia, la raza americana es solo una) con ventajas basadas en la consideración de elementos (como la raza o la etnia) que hacen referencia a una identidad o pertenencia colectiva.

El caso *Grutter,* más complejo y más problemático, en cambio, muestra de forma evidente, en mi opinión, cómo los jueces del Tribunal Supremo están obligados a argumentar como equilibristas para permanecer fieles a una interpretación individualista de la *Equal Protection Clause,* mientras están afirmando —aunque con gran cautela— la legitimidad de una acción positiva. En efecto, esta acción positiva supone, sin discusión, el hecho de tener en cuenta una dimensión colectiva de pertenencia a una minoría, aunque esta consideración está debilitada por la "individualización" de dicha pertenencia, referida al conjunto de las características de cada individuo. En otras palabras, para no admitir que la Constitución es (también) *colour conscious,* los jueces se ven obligados a inventar un "valor" *ad hoc* (la diversidad en la educación como *compelling state interest*), que justifica una excepción al principio de igualdad en sentido formal.

Personalmente (como diré en las conclusiones) estoy de acuerdo con la jueza Ginsburg, según la cual (en la *dissenting opinion* del caso *Gratz*), la Constitución norteamericana es, al mismo tiempo, *colour blind* y *colour conscious.* El principio de igualdad tiene dos caras, y la igualdad consciente de los factores de diferenciación (o de discriminación) justifica las acciones positivas. La igualdad sustantiva es consciente de estos factores, y su contenido no puede ser reducido a la mera igualdad de oportunidades, entendida como garantía de la libertad individual de competir correctamente en el mercado. El sentido del principio de igualdad es mucho más amplio y complejo.

2. IGUALDAD Y ACCIONES POSITIVAS A FAVOR DE LAS MINORÍAS ÉTNICAS Y RACIALES. EL ENFOQUE DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Vamos ahora a cruzar el océano y a ver cuál es la actitud del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas frente al principio de igualdad (lo que en el lenguaje comunitario se llama más bien principio de no discriminación: en efecto, antes de la proclamación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 20, en ninguna disposición comunitaria estaba expresamente formulado el principio de igualdad).

En los últimos diez años el Tribunal de Justicia europeo ha afrontado en muchas ocasiones la cuestión de la legitimidad de las acciones positivas. Una vez más, se trata de acciones positivas que consisten (más o menos, como vamos a ver) en cuotas. Pero el objeto de los juicios del Tribunal son leyes (tres leyes alemanas, una ley sueca) que garantizan un trato preferencial —en el acceso al empleo, en la carrera, en la formación profesional— a las mujeres en cuanto sexo infrarrepresentado en el ámbito profesional o en un determinado sector.

El enfoque elegido por el Tribunal Europeo se ha modificado en el tiempo, y su camino no ha sido lineal (como el Tribunal quiere hacer creer). Los lectores habituales de las sentencias del Tribunal Europeo saben que el Tribunal, para reducir el gravoso trabajo de traducción (a más de veinte idiomas), reproduce a menudo extensos apartados de casos precedentes y circunscribe los argumentos nuevos en algunos breves apartados. Esta técnica de redacción, por un lado, genera la impresión falaz de que el Tribunal es siempre fiel a sí mismo y, por otro lado, hace difícil comprender el recorrido argumentativo que, en muchas ocasiones, ha llevado al Tribunal a cambiar su orientación interpretativa.

Hay que decir que, en el momento actual, la evolución en la orientación interpretativa del Tribunal está conformada (y confirmada) por las fuentes del Derecho comunitario. No quiero internarme, en este contexto, en cuestiones de Derecho comunitario positivo. Sin embargo, hay que mencionar que el Derecho comunitario antidiscriminatorio "de segunda generación" (como suele decirse) —me refiero a las Directivas 2000/43 y 2000/78— tiene en cuenta diversos factores de discriminación: tanto factores estrictamente individuales como factores individuales y colectivos al mismo tiempo, pero en todo caso factores relevantes en su dimensión colectiva, como el sexo, la raza, el idioma y la religión. Además, hay que mencionar que, en la formulación del principio de igualdad entre hombres y mujeres, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (ahora Parte Segunda del Tratado Constitucional) establece que dicho principio —el principio de "paridad"— no impide la promulgación de disposiciones que establezcan *ventajas específicas en favor del sexo infrarrepresentado.* Una formulación análoga, aunque específicamente dirigida al fin de garantizar la paridad efectiva y completa entre hombres y mujeres, se encuentra en el art. 141.4 del Tratado de la Comunidad Europea (tal como quedó reformulado en el Tratado de Amsterdam) [8].

---

[8] Sobre el nuevo Derecho comunitario, *cfr.* DE SIMONE, 2004; BALLESTRERO, 2004.

Por otra parte, en el Derecho comunitario ya no se encuentra la expresión «iguales oportunidades» (que había sido utilizada, por ejemplo, en la Directiva 76/207, a la cual voy a referirme enseguida). Ahora, el Derecho comunitario habla de «ventajas específicas», es decir, no iguales oportunidades en los puntos de partida, sino acciones positivas. Por otro lado, la igualdad (no sólo en la vida profesional) entre hombres y mujeres parece ser entendida, en el Derecho comunitario, en el sentido de «igual representación». Así pues, el punto de vista no es individualista: es decir, la igualdad no concierne (o, mejor dicho, no concierne sólo) a individuos —esta mujer o este hombre particular— en situaciones comparables; la igualdad concierne la justa distribución, entre los dos sexos, de derechos, deberes, responsabilidades y oportunidades.

2.1. El caso *Kalanke*

El punto de partida de la evolución, que ha sido evidente e importante, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo es el caso *Kalanke* (17 de octubre 1995, C-450/93, *Kalanke c. Freie Hanstsestadt Bremen*)[9].

En este caso, el señor Kalanke y la señora Glissmann concurrían para un puesto de jefe del departamento en el servicio de zonas verdes del Ayuntamiento de Bremen. La dirección del servicio había propuesto al candidato de sexo masculino, pero la comisión de conciliación, habiendo considerado iguales las calificaciones de los dos candidatos, había dado en cambio la preferencia a la candidata de sexo femenino, en aplicación de las disposiciones de la ley del Land de Bremen). Según esa ley, las mujeres con una calificación igual a la de sus competidores de sexo masculino tenían una prioridad automática en caso de acceso, traslado de puesto o promoción, siempre que las mujeres estuvieran infrarrepresentadas (es decir, no fueran al menos la mitad de los empleados en activo) en los diversos grados de la categoría de personal de que se trata o en los niveles de funciones previstos en el organigrama.

La calificación se valoraba atendiendo exclusivamente a las exigencias del puesto (o de la profesión o de la carrera) de que se trate. Sin embargo, las aptitudes específicas adquiridas en la vida familiar, en la vida asociativa y en el voluntariado formaban parte de la calificación cuando fueran útiles para el ejercicio de la actividad considerada: este criterio, aparentemente neutral, estaba de forma evidente orientado a favorecer las candidaturas femeninas. Hay que decir que la ley no reservaba a las mujeres un porcentaje de los puestos vacantes, es decir, una cuota rígida. En cambio, establecía para las mujeres una prioridad (un trato preferencial) bajo dos condiciones: la infrarrepresentación y la igual calificación profesional.

La decisión del Tribunal se basa en los siguientes argumentos:

a) El art. 2, apartado 4, de la Directiva 76/207 (según el cual el principio de no discriminación por razón de sexo no es obstáculo para la adopción de medidas tendentes a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, en parti-

[9] Sobre el caso Kalanke, *cfr.* los comentarios de ATIENZA, M., 1996; RUIZ MIGUEL, A., 1996, y BALLESTRERO, M. V., 1996.

cular poniendo remedio a las desigualdades de hecho que perjudican las oportunidades de las mujeres) tiene el fin preciso y limitado de autorizar medidas que, aun siendo discriminatorias en apariencia, se dirijan directamente a eliminar o reducir las desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad social.

b) Dado que el art. 2, apartado 4, introduce una excepción a la norma de la Directiva que confiere un derecho individual, tal disposición es de «interpretación estricta».

c) La prioridad absoluta e incondicionada asegurada a las mujeres por la ley del Land de Bremen va más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades y sobrepasa los límites de la excepción prevista por el art. 2, apartado 4, de la Directiva.

d) El sistema de prioridad establecido en la ley del Land de Bremen, en la medida en que procura realizar una representación igual entre hombres y mujeres en todos los grados y niveles de un servicio, sustituye la *promoción* de iguales oportunidades por el *resultado* al cual sólo la puesta en práctica de iguales oportunidades en los puntos de partida podría conducir.

En los dos primeros puntos, *a)* y *b),* el Tribunal reitera que, según el Derecho comunitario vigente en su momento, las acciones positivas son legítimas a condición de que se dirijan a promover iguales oportunidades. De esta forma, el Tribunal reitera (como en el caso *Stoeckel* sobre la interdicción del trabajo nocturno de las mujeres) [10] su rígida concepción formal de la igualdad, como principio de contenido esencialmente negativo, que impone hacer abstracción del sexo en cuanto elemento de diferenciación entre individuos que está prohibido.

Las novedades de la sentencia *Kalanke* se contienen en las otras afirmaciones, *c)* y *d),* donde el Tribunal censura la medida preferencial prevista por la ley del Land de Bremen porque esta medida va más allá de la promoción de la igualdad de oportunidades (único objetivo legítimo de las acciones positivas según el art. 2.4 de la Directiva), sustituyendo la mera *promoción* de iguales oportunidades por el *resultado.* En otras palabras: según el Tribunal, la disposición de la ley del Land de Bremen no está dirigida a eliminar los obstáculos que de hecho producen el desequilibrio en la representación de los dos sexos, sino que elimina directamente dicho desequilibrio.

2.2. El caso Marschall

Después de poco tiempo, el Tribunal afronta la misma cuestión, con resultados muy distintos. Esto no es casual. En efecto, la sentencia *Kalanke* había suscitado reacciones negativas en el ámbito de la Comunidad. Entonces la Comisión había decidido reducir las consecuencias negativas de la sentencia, favoreciendo una interpretación restrictiva: "estrictamente literal", aunque, en realidad, tan literal no era. Según la Comisión, la sentencia sólo prohíbe —como discriminatorias— las "cuotas rígidas" en favor de la ocupación femenina, mientras que otros tipos de acciones positivas (que

[10] Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, 25 de julio 1991, C-345/89, *Stoeckel; cfr.* además los casos sucesivos TJCE 2 de agosto 1993, C-158/91, *Levy,* y TJCE 3 de febrero 1994, C-13/93, *Minne.* Sobre el conflicto entre la interdicción del trabajo nocturno de las mujeres y el principio de igualdad, *cfr.* BALLESTRERO, 1998.

no consistan en cuotas rígidas) quedan fuera de discusión: acciones positivas de este tipo están no sólo autorizadas, sino favorecidas, siendo no discriminatorias, sino dirigidas a eliminar discriminaciones preexistentes.

En el caso *Marschall* (11 de noviembre de 1997, C-409/95, *Helmut Marschall c. Land Nordrein-Westfalen*), el Tribunal no acepta las conclusiones del abogado general (Jacobs), según el cual este nuevo caso era análogo al caso *Kalanke* y por tanto no podía ser resuelto de forma diferente[11]. El Tribunal, en cambio, acepta la interpretación restrictiva del caso *Kalanke,* propuesta por la Comisión, y esto le permite llegar a una conclusión sustancialmente distinta, sin poner formalmente en discusión su propio precedente. Algunos comentadores habían considerado «no tan clara» la motivación de *Kalanke* en el punto donde se afirma la ilegitimidad de las acciones positivas "de resultado" (aunque, en efecto, el punto era clarísimo). Entonces, el Tribunal aprovecha la ocasión para "esclarecer" la cuestión; en realidad, es un cambio de jurisprudencia. Pero, para comprender cómo este cambio ha sido posible, es necesario ilustrar un poco el caso.

El señor Marschall era un profesor de escuela que había propuesto su candidatura para una promoción, pero una candidata de sexo femenino con la misma calificación había presentado su candidatura y había sido preferida. Esto, por una disposición de una ley estatal (del Land Renania del Norte-Westfalia) que establecía que, si en una posición profesional determinada las mujeres están representadas en número inferior a los hombres, entonces —en caso de igualdad de calificación, de actitudes y de prestaciones profesionales— las mujeres tienen una prioridad en las promociones, excepto si dicha prioridad está superada por razones relativas a la persona de un candidato.

Esta ley, como por otra parte la ley discutida en el caso *Kalanke,* introducía como criterio preferencial la pertenencia a un sexo infrarrepresentado. Sin embargo, esta ley es diferente de la otra porque prevé expresamente la posibilidad de derogar la regla, y, de esta forma, deja a la Administración un poder discrecional amplio, para permitirle tener en cuenta los más variados factores personales.

Según el Tribunal esta disposición no contradice el art. 2.4 de la Directiva 76/207 por las razones siguientes:

a) Primer argumento. La disposición controvertida en el caso *Marschall* es distinta de la disposición discutida en el caso *Kalanke,* porque contiene una cláusula —la llamada "cláusula de reserva"— según la cual las mujeres no deben tener preferencia en las promociones cuando prevalecen motivos relativos a la persona de un candidato hombre. Una norma de este tipo, con esta cláusula, tiene el fin, preciso y limitado, de autorizar medidas que —aunque aparentemente discriminatorias— en efecto apuntan a eliminar o reducir las desigualdades que, de hecho, pueden existir en la realidad de la vida social. La norma autoriza, pues, medidas en materia de acceso al empleo (en sentido amplio, incluyendo las promociones) que, favoreciendo especialmente a las mujeres, tienen el fin de mejorar sus capacidades de competir en el mercado del trabajo y de progresar en la carrera en situación de igualdad con los hombres. Por tanto,

[11] Sobre las conclusiones del abogado general Jacobs, *cfr.* BALLESTRERO, 1997.

la norma se dirige a promover la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en conformidad con el art. 2.4 de la Directiva.

b) Segundo argumento. El hecho de que dos candidatos de sexo diferente tengan igual calificación no implica, en cuanto tal, que ellos tengan iguales oportunidades. En efecto, existe la tendencia a preferir, en las promociones, a los candidatos varones, aunque cuando la calificación profesional sea la misma. Y esto por causa de algunos prejuicios e ideas estereotipadas sobre el papel y las capacidades de las mujeres en la vida laboral, e incluso, por ejemplo, por el temor a que las mujeres interrumpan sus carreras (lo que pasa a menudo), a que, por causa de sus tareas de esposas y madres, organicen su tiempo de trabajo de forma menos flexible, o a que dejen el trabajo por razones de embarazo, parto o lactancia. En consecuencia, una norma (con la cláusula de reserva antes mencionada) según la cual, en caso de promoción, las mujeres —en condiciones de igual calificación— gozan de un trato preferencial en sectores donde son minoría con respecto a los hombres no viola la Directiva, porque tal norma puede contribuir a contrarrestar los efectos dañinos, para los candidatos de sexo femenino, de las actitudes que hemos señalado, y de esta manera puede reducir las desigualdades de hecho que pueden existir en la realidad de la vida social.

c) Tercer argumento. Sin embargo, hace falta recordar que el art. 2.4 de la Directiva introduce una excepción a un derecho individual establecido por la misma Directiva. Por tanto, la ley nacional que favorece de una forma especial a los candidatos de sexo femenino no puede garantizar a las mujeres la precedencia absoluta y sin condiciones en las promociones sin sobrepasar los límites de dicha excepción. Estos límites no son sobrepasados si la ley garantiza —como en este caso (en virtud de la cláusula de reserva)— para los candidatos hombres con calificación igual a la de las candidatas, en cada caso individual, un examen objetivo de las candidaturas, que tenga en cuenta todos los criterios relativos a las personas de los candidatos y no tenga en cuenta la precedencia otorgada a las candidatas cuando alguno de estos criterios favorezca al candidato hombre (no obstante, y al mismo tiempo, dichos criterios no deben ser discriminatorios para las candidatas) [12].

2.3. El caso *Badeck*

El razonamiento del Tribunal se hace más claro (y más lejano aún del caso *Kalanke*) en el caso *Badeck,* donde ya se ven los cambios en las fuentes comunitarias: el Tratado, las Directivas 43 y 78 del año 2000 y el art. 23 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión. Estos cambios sin duda son el resultado también del caso *Kalanke,* considerado más o menos "un contratiempo".

El caso *Badeck* (28 de marzo de 2000, C-158/97, *Georg Badeck et al. c. Land de Assia*) [13] es muy complejo (el problema de legitimidad versa sobre cuatro disposiciones distintas). Me limito a exponer sólo la argumentación del Tribunal sobre la primera cuestión, para subrayar los puntos donde el Tribunal supera al caso *Marschall.*

---

[12] Sobre el caso *Marschall, cfr.* MARTÍN VIDA, 1998.

[13] *Cfr.* BERTOU, 2000.

Una ley estatal (no federal) alemana establece que, en los sectores del empleo público donde las mujeres están infrarrepresentadas, en caso de igualdad de calificaciones entre candidatos de sexo diferente, deben ser preferidas las candidatas cuando esto sea necesario para garantizar los objetivos vinculantes del plan de promoción y siempre que no existan obstáculos jurídicos importantes. Esto se llama un sistema de "cuotas finales flexibles". El sistema consiste en esto: por un lado, en el hecho de que la ley no establece cuotas válidas para todos los sectores y servicios de que se trata, sino que considera las particularidades de cada sector o servicio a fin de determinar los objetivos vinculantes; por otro lado, en el hecho de que la ley no establece un resultado automático y necesario en favor de las candidatas.

Para la valoración de los candidatos —según el Tribunal— es posible decidir que la antigüedad, la edad y la fecha de la última promoción sólo deben ser consideradas si son influyentes sobre la aptitud, los títulos y las capacidades profesionales de los candidatos o de las candidatas. Además, la situación familiar o la renta del *partner* pueden ser consideradas no influyentes, mientras que los empleos a tiempo parcial, los permisos y los retrasos en conseguir diplomas —debidos a la necesidad de cuidar de los hijos o los padres— no pueden tener efectos negativos en la valoración. En efecto, dichos criterios apuntan evidentemente a obtener una igualdad no formal, sino sustantiva, reduciendo las desigualdades que, de hecho, pueden encontrarse en la vida social y, por tanto, apuntan a evitar o compensar las desventajas en la carrera profesional de las personas pertenecientes al sexo infarrepresentado (lo que está en conformidad con el art. 141.4 del Tratado).

Por tanto, en caso de iguales títulos de dos candidatos de sexo distinto, la decisión debe ser a favor de la candidata cuando ello sea necesario para realizar los objetivos del plan de promoción, a condición de que no existan motivos jurídicamente más importantes, como por ejemplo los que derivan del principio del Estado social o del principio de protección del matrimonio y de la familia (ambos principios establecidos por la Ley Fundamental alemana), y siempre que la ley garantice que las candidaturas sean valoradas de manera objetiva, teniendo en cuenta la situación personal particular de todos los candidatos.

Así pues, sobre la base del principio de no discriminación, el Tribunal admite —como ya había admitido en el caso *Marschall*— la legitimidad de las cuotas y, por tanto, de las acciones positivas *result oriented,* pero sólo bajo la condición de que sean "individualizadas", es decir, lo bastante flexibles como para permitir que no se prefiera automática y necesariamente al candidato perteneciente al sexo infarrepresentado. Hay sin embargo una diferencia con el caso *Marschall,* y es que el Tribunal no fundamenta su razonamiento sobre la igualdad de oportunidades (y de la comparación entre individuos en competición en el mercado del trabajo), sino sobre la igualdad sustantiva entre dos sexos no iguales de hecho. Y sobre esta base el Tribunal construye la legitimidad de medidas aptas para reducir las desigualdades de hecho de dos formas a la vez: ya sea compensando (como requiere el art. 141.4 del Tratado) las desventajas en la carrera profesional de las personas pertenecientes al sexo infarrepresentado o evitando que dichas desigualdades continúen produciéndose.

El resultado de esta decisión me parece contradictorio, como por su parte lo era el resultado del caso *Grutter* del Tribunal Supremo norteamericano.

2.4. El caso *Abrahamsson*

A la solución positiva al problema de la legitimidad de las acciones positivas en el caso *Badeck* se opone la solución negativa en el caso *Abrahamsson* (6 de julio de 2000, C-407/98, *Katarina Abrahamsson, Leif Anderson y Elisabet Fogelqvist*): un caso en el cual, sin embargo, el Tribunal sigue más o menos el mismo trayecto argumentativo.

El caso, brevemente, es el siguiente. En 1996 la Universidad de Göteborg publica una convocatoria de oposición para una cátedra de profesor, precisando que la cátedra en cuestión tiene que ser considerada como parte del programa de la Universidad orientado a promover la igualdad de oportunidades en conformidad con un reglamento de 1995. Se presentan ocho candidatos; entre otros, Katarina Abrahamsson, Leif Anderson, Georgia Destouni y Elisabet Fogelqvist. El Tribunal selecciona los candidatos sobre la base de dos exámenes distintos. El primer examen versa únicamente sobre los méritos científicos, y sobre esta base el señor Anderson es clasificado primero (cinco votos contra tres en favor de la señora Destouni). El segundo examen, en cambio, toma en consideración los criterios orientados a garantizar la igualdad de oportunidades, y sobre esta base la señora Destouni es clasificada primera. Entonces, el Tribunal propone el nombramiento de esta candidata. Pero la señora Destouni renuncia a su candidatura. Entonces el rector remite la cuestión al Tribunal. El Tribunal declara que, según la mayoría de sus componentes, la diferencia de calificaciones entre el señor Anderson (segundo en la clasificación) y la señora Fogelqvist (tercera en la clasificación) es una diferencia importante, y que por tanto el Tribunal tiene dudas sobre la obligación de otorgar preferencia a la candidata. Sin embargo, el rector nombra a la señora Fogelqvist: en su opinión, la diferencia entre las calificaciones de esta señora y las del señor Anderson no es tan importante como para poner la acción positiva en conflicto con el criterio de objetividad en la selección de los candidatos.

Sin embargo, este trato preferencial al Tribunal Europeo no le gusta. El Tribunal nota que la ley sueca en materia de acciones positivas es distinta de las leyes alemanas discutidas en los casos precedentes, porque permite otorgar una preferencia a un candidato del sexo infrarrepresentado que, aunque con calificaciones suficientes, no tenga una calificación igual a la de otros candidatos del otro sexo. De esta manera, la ley sueca otorga automáticamente a los candidatos del sexo infrarrepresentado un trato preferencial, bajo la única condición de que la diferencia entre los méritos de los candidatos de cada sexo no sea tan importante como para violar el criterio de objetividad. Pero, puesto que el alcance de esta condición no puede ser determinado de manera precisa, la selección de un candidato (entre los que tienen calificaciones suficientes) se basa, en último análisis, sobre el simple hecho de pertenecer al sexo infrarrepresentado, y esto incluso en el caso de que los méritos del candidato elegido sean inferiores a los del candidato del otro sexo. Además, las candidaturas no son valoradas de forma objetiva, teniendo en cuenta la situación personal individual de cada candidato.

En consecuencia, este método de selección no puede ser legitimado por el art. 2.4 de la Directiva 76/207 y tampoco por el art. 141.4 del Tratado. Es verdad —dice el Tribunal— que este artículo autoriza a los Estados a tomar o conservar medidas que

prevén ventajas específicas orientadas a evitar o compensar desventajas en las carreras profesionales, a fin de garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en la vida profesional. Pero de eso no se puede sacar como consecuencia que la norma en cuestión permite un método de selección como el previsto por la ley sueca, que es *desproporcionado* con respecto al fin perseguido. En cambio, sí es compatible con el Derecho comunitario una regla que prevé un trato preferencial para el candidato perteneciente al sexo infrarrepresentado, a condición de que los candidatos tengan méritos equivalentes o casi equivalentes, y que las candidaturas sean objeto de un examen objetivo donde se tiene en cuenta la situación personal individual de cada candidato. En todo caso, la valoración de la legitimidad de leyes que introducen acciones positivas en el ámbito del sector de la enseñanza superior no puede depender del nivel de la plaza en cuestión.

Como he dicho, el razonamiento del Tribunal aquí no es tan distinto del razonamiento del caso *Badeck.* El añadido importante es la mención del criterio de proporcionalidad: una disposición de Derecho desigual, *result oriented,* no sólo debe ser flexible (es decir, la preferencia no debe ser otorgada de forma automática, sino que debe permitir también una excepción "individualizada" al criterio preferencial, como tal legítimo); además debe ser adecuada al objetivo (legítimo) que quiere realizar, es decir, la igualdad sustancial entre hombres y mujeres en la vida profesional.

3. Y AHORA MI ENFOQUE: IGUALDAD, ACCIONES POSITIVAS E IGUAL REPRESENTACIÓN

Exponer las argumentaciones de los dos Tribunales me ha parecido útil para poner de relieve los que considero dos nudos centrales en los argumentos a favor y en contra de la legitimidad de las acciones positivas, y para dedicar a ellos algunas consideraciones conclusivas. Estos nudos son: el principio de igualdad y el objetivo de las acciones positivas.

a) Principio de igualdad, está bien; pero ¿qué principio?

Como hemos visto, se puede hablar de igualdad en sentidos distintos, con referencia a principios distintos, aunque relacionados y no opuestos. En resumen, la cuestión es si el principio de igualdad tiene que ser necesariamente entendido en su dimensión clásica de igualdad entre individuos, prescindiendo de cualquier factor diferencial de su identidad personal (ésta es la igualdad en sentido formal), o bien si, en el Derecho constitucional de los países democráticos y comunitarios, la igualdad tiene un significado más amplio. ¿Se debe, o no, admitir —al lado del primer principio de dimensión individual y conscientemente ciego frente a las diferencias)— otro principio de igualdad, consciente precisamente de las diferencias que el primer principio desconoce?

Si el primer principio (igualdad en sentido formal) tiene sólo una dimensión individual, el segundo principio —igualdad sustantiva, como se suele decir, aunque sería mejor hablar de igualdad tendencial y dinámica— tiene, en cambio, una dimensión "colectiva", en el sentido de que tiene en cuenta factores de diferenciación que dependen de la "situación" de los individuos. Y esta situación está conectada con la iden-

tidad sexual (individual y colectiva al mismo tiempo), con la posición social, con la identidad cultural, con el hecho de pertenecer a grupos (minorías étnicas, lingüísticas y, si queremos usar esta palabra antropológicamente incorrecta, raciales).

La igualdad sustantiva legitima aquellas disposiciones de Derecho desigual que, tomando directamente en cuenta estos factores, tratan de forma distinta con el fin de tratar de forma igual[14]. A la luz del principio de igualdad sustantiva[15], por tanto, es legítimo tomar en consideración los factores de diferencia o desventaja —que, según el principio de igualdad en sentido formal, estaría prohibido tomar en cuenta— a fin de otorgar un trato preferencial, cuya justificación se encuentra en la realización del objetivo de la igualdad. Lo que pasa necesariamente por la eliminación de todo obstáculo que se refiere específicamente al factor de diferencia o desventaja en cuestión y que impide la realización del objetivo.

b) Igualdad, está bien; pero ¿sólo en los puntos de partida o en los resultados también?

Como, hace tiempo, he intentado explicar comentando críticamente el caso *Kalanke* del Tribunal Europeo (en *Doxa* de 1996), esta cuestión no está planteada correctamente. A mí me parece evidente que una concepción meramente individualista de la igualdad no es compatible con la igualdad en los resultados, que, en cambio, es precisamente el objetivo de la igualdad sustantiva.

Por cierto, nadie niega que uno de los significados que se pueden atribuir —y que de hecho se atribuyen— a la expresión "iguales oportunidades" es la posibilidad, otorgada al sexo desfavorecido, de competir "con armas iguales" con el sexo favorecido, restableciendo condiciones de igualdad en los puntos de partida. Sin embargo, la igualdad en los puntos de partida, por sí sola, no garantiza iguales resultados. Lo admite expresamente el Tribunal Europeo en el caso *Marschall,* cuando afirma que el hecho de que dos candidatos de sexo distinto tengan iguales calificaciones no implica, por sí solo, que ellos tengan iguales oportunidades. E incluso el Tribunal Supremo norteamericano, en el caso *Grutter,* llega (implícitamente) a la misma conclusión: es decir, una igualdad limitada a los puntos de partida oscurece totalmente el objetivo de la igualdad sustantiva. Ambos Tribunales identifican este objetivo en la realización de la igual representación de los dos sexos o de la representación equitativa de la minoría desfavorecida.

Para decirlo como el Tribunal Supremo norteamericano, entonces, la cuestión es si la diversidad —en el sentido de la representación igual o equitativa— sea un *compelling intrest* para una "sociedad buena", es decir, una sociedad realmente igual. Si es así —como piensan el Tribunal Supremo norteamericano y el Tribunal Europeo—, entonces la *consciousness* del factor "minoría" o del factor "sexo desfavorecido" (que no es una minoría en sentido cuantitativo, pero es una "minoría" porque, de hecho, está discriminado), como factores de diferencia o discriminación, esta *consciousness,* constituye una premisa necesaria para realizar el objetivo de la igualdad sustantiva. En términos banales: si la representación equitativa *(equitable representation)* de las

---

[14] Ésta es una paráfrasis de una afirmación del juez Blakmun en el caso *Bakke.*

[15] En otro lugar he llamado a la igualdad sustantiva *equiparación en el trato,* y esta denominación me parece todavía apropiada.

minorías es un objetivo digno (un *compelling interest*), este objetivo concierne no al individuo como tal, sino al individuo como perteneciente a una "minoría".

El interés por una representación equitativa no es el mismo en el caso del sexo que en el de la raza. La representación equitativa de las mujeres, en efecto, no tiene el mismo alcance ni el mismo significado que el de la representación equitativa de las minorías étnicas o raciales. En el caso del sexo, la representación equitativa coincide con la igualdad, porque corresponde a un modelo de sociedad igual. En el caso de las minoría étnicas, representación equitativa quiere decir presencia proporcionada, porque corresponde a un modelo de sociedad inclusiva. Cabe decir: en el primer caso, igualdad sin más; en el segundo: integración de las diversidades.

Al uso del concepto de infrarrepresentación —y por tanto al objetivo de la representación igual o equitativa— se hacen muchas críticas, que aquí no tengo la posibilidad de analizar. Sin embargo, me parece necesario replicar a los que afirman que la infrarrepresentación es, sí, un índice de discriminación o desventaja, pero que la igual representación no puede ser el objetivo final de las acciones positivas. Bueno, a mí me parece claro que, si la infrarrepresentación (de las mujeres o de la minoría étnica o racial) es *un* índice (es más, *el* índice, según parece, en las fuentes comunitarias) de la discriminación, esto es así porque la infrarrepresentación es un efecto cierto de la discriminación, y por esto debe ser removido: incluso con el sistema de cuotas, si las cuotas constituyen una medida proporcionada a la desventaja que remediar.

Dejando de lado las minorías étnicas y raciales, y mirando sólo a las mujeres, quiero añadir que prever (como hacen las fuentes comunitarias) "ventajas específicas" para remediar la infrarrepresentación no tendría mucho sentido si el objetivo no fuera precisamente una representación (al menos tendencialmente) igual.

Igual representación no significa pretender el 50% (u otro porcentaje según la proporción de hombres y mujeres en el mercado en cuestión): los números son importantes (y deben serlo), pero la idea de representación resulta demasiado banalizada por los que la reducen a una mera cuestión cuantitativa. La idea de "representación" tiene raíces en el punto de vista "de sexo", y concierne a la plena participación de los dos sexos en la distribución de derechos, deberes, responsabilidades, oportunidades y recursos.

Igual representación no significa que las mujeres deben ser hombres como los demás[16]: quiere decir, en cambio, que el sexo femenino debe tener igual dignidad que la que, *de hecho,* está reconocida a los hombres. En el fondo, la igual representación no es otra cosa que la idea de "efectiva participación" que está escrita en el art. 3.2 de la Constitución italiana: los dos sexos tienen que estar igualmente representados para obtener igualdad efectiva y concreta. Entonces no sólo hace falta eliminar todos los mecanismos que generan exclusión, sino también actuar sobre las consecuencias de la exclusión. Y, para hacer esto, es necesario mirar incluso a los números en que la exclusión se revela.

---

[16] Hacer a las mujeres «hombres, como los demás»: esto sería, según SLAMA, 2004, el resultado deseable de la lucha contra las discriminaciones (negativas en oposición a las «discriminaciones positivas», mala traducción francesa de *affirmative action,* de la cual aclara bien el significado y las implicaciones, STASSE, 2004).

Esta conclusión puede encontrar otra objeción: hablar de representación igual significa tener una concepción *elitista* de las acciones positivas: es decir, las acciones positivas que apuntan a reducir la diferencia entre grupos desiguales consisten en crear alguna *élite* social, económica, política, pero los miembros pobres del grupo no se benefician de las acciones positivas (que no están destinadas a ellos), y además los grupos beneficiarios de las acciones positivas ven aumentar las desigualdades internas al propio grupo.

Por cierto, esta objeción tiene sentido si se mira a la cuota particular en el acceso a una posición profesional privilegiada o al acceso a universidades norteamericanas prestigiosas y muy caras (como pasa en las acciones positivas en Estados Unidos). De aquí se puede sacar la impresión falaz de que se trata de medidas excepcionales, *case by case,* y con un carácter esencialmente individual. Pero esta impresión, falaz, puede ser dejada de lado.

En primer lugar, hace falta tener en cuenta que las cuotas no son la única medida, sino sólo una de las medidas posibles en el ámbito de los tratos preferenciales legitimados por el principio de igualdad sustantiva. En segundo lugar, hace falta tener en cuenta que las cuotas se instituyen para remediar una situación de exclusión de los que pertenecen a una cierta categoría o a un cierto grupo. Por esto, la cuota tiene una dimensión no individual, sino colectiva, aun si el resultado es la inclusión de un individuo particular. En tercer lugar, hace falta tener en cuenta que cada cuota pertenece a una más amplia estrategia: encuentra su justificación en la infrarrepresentación o exclusión de los que pertenecen a la categoría o al grupo considerados, y su efecto es la inclusión o el aumento de la representación. El valor ejemplar, que sin duda tiene, no ofusca su efectivo alcance de remedio para la desventaja del grupo en su conjunto.

¿Pueden bastar estos argumentos para cerrar la discusión sobre la legitimidad de las acciones positivas? Me temo que no. De lo contrario, no sería una discusión infinita.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ATIENZA, M., 1996: «Un comentario al caso Kalanke», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 19, 111.

BALLESTRERO, M. V., 1996: «Acciones positivas. Punto y aparte», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 19, 91.

— 1997: «A proposito di azioni positive. II. L'eguaglianza del signor Marschall», en *Ragion pratica,* n. 8, 97.

— 1998: «Il diritto del lavoro e la differenza di genere», en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale,* I, 287.

BALLESTRERO, M. V., y TREU, T., 1988: «Azioni positive e discriminazioni alla rovescia. Una importante sentenza della Corte Suprema degli Stati Uniti», en *Lavoro e diritto,* 53.

BERTOU, K., 2000: «Sur les discriminations positives», en *Droit social,* 901.

D'ALOJA, A., 2002: *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale,* Padova: Cedam.

DE SIMONE, G., 2004: «Eguaglianza, differenze, discriminazioni. Recenti sviluppi del diritto comunitario», en CALIFANO, L. (ed.), *Donne, politica e processi decisionali,* Torino: Giappichelli.

DWORKIN, R., 1976: «Reverse Discrimination», en DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights seriously,* London: Duckworth, 223.

MARTÍN VIDA, M. A., 1998: «Medidas de tratamiento preferente a favor de las mujeres en el ámbito comunitario. Reflexiones al hilo de la sentencia "Marschall"», en *Revista española de Derecho Constitucional,* 313.

ROSENFELD, M., 1991, *Affirmative Action and Justice. A Philosophical and Constitutional Inquiry,* New Haven and London: Yale University Press.

RUIZ MIGUEL, A., 1996: «La discriminacion inversa y el caso Kalanke», en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n. 19, 123.

SLAMA, A.-G., 2004: «Contre la discrimination positive. La liberté insupportable», en *Pouvoirs,* n. 111, *Discrimination positive,* 133.

STASSE, F., 2004: «Pour les discriminations positives», en *Pouvoirs,* n. 111, *Discrimination positive,* 119.

¿QUÉ HAY DE MALO EN LA DISCRIMINACIÓN?

Ángel Puyol González

Universitat Autònoma de Barcelona

RESUMEN. Generalmente, creemos que una discriminación es moralmente mala si está basada en prejuicios, en juicios incorrectos sobre el menor valor moral de las personas. Pero esa creencia tiene dos problemas. Primero, una sociedad liberal no siempre puede reconocer una discriminación basada en prejuicios como moralmente mala. Y segundo, impide ver que algunas discriminaciones moralmente malas no están basadas en prejuicios. Para evitar ambos problemas, hay que definir las discriminaciones moralmente malas por los *efectos* (efectos sobre la igualdad de oportunidades) que la discriminación causa en las víctimas y no por la *razones* (prejuicios) de quienes discriminan.

Palabras clave: discriminación, igualdad, justicia, liberalismo.

ABSTRACT. Usually, we think that a discrimination is morally wrong if it is based upon prejudices or biases, the incorrect judgements of lesser moral worth of some persons. But that thought has two problems. First, a liberal society can not always recognize a discrimination based on prejudices as a morally wrong discrimination. And second, the discrimination based on biases hides the fact that some discriminations are not based on biases. So, to avoid both problems, we should define the morally wrong discrimination by their *effects* (effects on the equality of opportunity) on the victims rather than by the *reasons* (biases or prejudices) of the discriminators.

Keywords: discrimination, equality, justice, liberalism.

Todos estamos convencidos de que la discriminación es moralmente mala. Pero ¿por qué? La respuesta más habitual es afirmar que la discriminación se fundamenta en prejuicios sobre la inferioridad moral de las personas o los colectivos. Así, la discriminación se asocia a «las desigualdades de trato que son injustas o arbitrarias por basarse en concretas razones especialmente odiosas o rechazables al suponer la negación de la propia igualdad entre los hombres» [1], o «a los prejuicios, los juicios incorrectos sobre el menor valor moral» [2]. En este artículo se defienden dos tesis. En primer lugar, se sostiene que si la discriminación depende únicamente de los prejuicios morales basados en la inferioridad de individuos o colectivos específicos, las sociedades liberales tienen especiales dificultades para reconocer y, consiguientemente, denunciar y prohibir determinadas formas de discriminación, lo que se puede expresar como la paradoja liberal de la discriminación. En segundo lugar, existen formas de discriminación que no siempre podemos vincular a prejuicios sobre la inferioridad moral, lo que lleva a pensar que no son los prejuicios sino otro elemento de la discriminación lo que la vuelve, en todos los casos, moralmente reprobable. Ese elemento constante tiene que ver con los efectos antes que con las razones de la discriminación.

1. DISCRIMINACIÓN Y PREJUICIOS

La lucha contra la discriminación es parte constitutiva de la igualdad de trato que nos debemos unos a otros. Lo es tanto que la misma palabra designa la desigualdad injusta que presuponemos tras ella, sin reparar en que, en origen, se trata de un término meramente descriptivo. Discriminar es distinguir sin más, diferenciar una cosa de otra. Pero la costumbre de vincular el vocablo a la opresión y la humillación que sufren determinados colectivos lo ha convertido en la expresión misma de la denuncia y la inmoralidad. En nuestro vocabulario moral y político, la discriminación consiste en proferir un trato excluyente a individuos o colectivos por motivos racistas, sexistas, clasistas, culturales... Sin embargo, es obvio que si bien hay discriminaciones injustas o inmorales, otras claramente no lo son. Si uno siente un atractivo sexual preferente por personas de su misma etnia, escoge a los amigos por afinidad cultural o de costumbres, selecciona a una ginecóloga porque prefiere confiar la intimidad a una persona de su mismo sexo, favorece a una hija en el negocio familiar, o rechaza a negros y asiáticos para interpretar el papel de Napoleón en una película, no pensamos que se trate necesariamente de una discriminación inmoral. Lo mismo puede ocurrir en el caso de la discriminación inversa o positiva que, pese a que también está relacionada con el sexo, la etnia o la discapacidad, recibe o pretende recibir una justificación moral. Pero otras formas de discriminación, como vetar la entrada de magrebíes y gitanos a las discotecas, poner trabas a las mujeres en la promoción laboral o simplemente sen-

---

[1] Rodríguez Piñero, M., y Fernández López, M. F., 1986: *Igualdad y discriminación,* Madrid: Tecnos, p. 156; Bengoechea Gil, M. Á., 2002: *Igualdad, diferencia y prohibición de discriminación,* Tesis doctoral presentada en la Universidad Carlos III de Madrid, p. 380.

[2] Alexander, L., 1992: «What makes wrongful discrimination wrong? Biases, preferences, stereotypes, and proxies...», *University of Pennsylvania Law Review,* vol. 141: 149, p. 219.

tirse molesto porque un inmigrante se ha sentado en el asiento contiguo en el autobús, nos parecen moralmente intolerables. ¿Qué diferencia, pues, a ambos tipos de discriminación? ¿Qué distingue una discriminación injusta de la que no lo es? Sin duda, se trata de una de esas cuestiones que la filosofía se debe plantear, ya que, por habitual y descontada, parece mucho más obvia de lo que en realidad es.

Algunas de las respuestas más comunes a esas preguntas resultan claramente insuficientes. Por ejemplo, hay quien cree que la discriminación es moralmente mala si utiliza rasgos inmodificables para diferenciar el trato a los demás, como el sexo, el color de la piel o una discapacidad. Sin embargo, no nos parece malo impedir que los ciegos piloten aviones, o que sólo se contrate a gitanos como extras en una película dedicada a Carmen Amaya. También hay quien piensa que lo que convierte a la discriminación en mala es que se base en una característica irrelevante de las personas para, por ejemplo, contratarlas laboralmente. El sexo sería claramente irrelevante para ejercer la medicina o la abogacía, lo que volvería moralmente injustificable discriminar por razón de sexo a las personas que desean ingresar o triunfar en esas profesiones. El problema de esa respuesta es que a muchos discriminadores no les parece irrelevante el sexo, el color de la piel u otras características que sus opositores denuncian como tales, porque lo que está en juego es, precisamente, saber qué convierte en irrelevante a esos rasgos en la actividad a desarrollar. Por ejemplo, un empresario puede considerar que la belleza rosada de la juventud, la simpatía ingenua y la delicada habilidad para traer y llevar el café sumisa y cariñosamente son rasgos totalmente relevantes para contratar a una secretaria; o puede estar convencido de que la buena presencia para ser director de banco coincide con personas de cabellera gris y de origen caucásico (lo que excluye al resto de etnias y, por supuesto, a todos los calvos). Por otra parte, los colegios privados con ideario judío pueden pensar que pertenecer al judaísmo es una característica relevante del trabajo de un profesor en sus centros; los dirigentes de la Iglesia católica creen que ser mujer es un atributo definitivamente relevante para prohibir el ejercicio del sacerdocio y el acceso consiguiente a todos los estamentos de poder dentro de la institución religiosa reservados a los sacerdotes; y las asociaciones en defensa del aborto pueden pensar que congregar con la ideología proabortista es relevante para acceder al trabajo administrativo de la organización. Y todo ello a pesar de que resulta muy discutible que la juventud femenina, la cabellera plateada de algunos caucásicos, la adscripción religiosa, el sexo o la ideología que uno profesa, formen parte de la estricta competencia profesional *requerida* para todas esas ocupaciones.

Ligado a este último argumento, muchos piensan que lo que vuelve inmoral a la discriminación es que, a la hora de juzgar a las personas laboral o académicamente, se tengan en cuenta cuestiones ajenas al mérito. Pero apelar al mérito como la clave de la lucha contra la discriminación comporta algunos contrasentidos. En primer lugar, en el caso del acceso a un cargo público, es plausible mantener la imparcialidad asociada al mérito individual, pero tratándose de empleos privados, en los que los empleadores tienen un amplio margen de definición de lo que debe contar como mérito, las cosas ya no son tan fáciles. Además, a pesar de que es aconsejable que las empresas respeten unos mínimos requisitos de ausencia de discriminación, no resulta obvio que siempre haya que imponerlos. Una gran parte de las promociones laborales dentro de las empresas privadas se establece por *confianza,* lo que introduce un elemento sub-

jetivo de evaluación social compleja. No estoy diciendo que no se pueda o no se deba combatir la discriminación en el ámbito laboral privado, sino que el argumento a favor de ese combate no debería depender del principio del mérito, ya que no se trata de un criterio suficientemente objetivo como para saber en todo momento si se respeta o no como debería. El contenido del mérito en el ámbito laboral privado está abierto a ciertas ambigüedades inevitables.

En segundo lugar, el fanatismo y la intolerancia pueden estar detrás de la concepción del mérito. Imaginemos que la mayoría de los hombres no desean que sus jefes sean mujeres, y supongamos que las empresas que no contratan a mujeres en puestos de dirección generan un ambiente laboral más tranquilo y, por tanto, más productivo, lo que las vuelve más competitivas en el mercado. O imaginemos que la clientela de una empresa de servicios prefiere tratar con profesionales que no pertenezcan a etnias diferentes a la mayoritaria. En ambos casos, las preferencias intolerantes influyen en el significado de que cuenta como calificación laboral. Por tanto, nos enredamos en un círculo vicioso si esperamos que el respeto al principio del mérito corrija la discriminación.

En tercer lugar, el mérito no sólo es un criterio poco objetivo, sino que además pone el énfasis de la discriminación en un aspecto ajeno a las personas, puesto que la meritocracia tiene que ver más con la eficiencia que con la igualdad. Si basamos lo injusto de la discriminación en que no hemos juzgado la valía de las personas por sus méritos, lo que estamos haciendo, implícitamente, es desconectar la inmoralidad que hay en la discriminación de la persona discriminada y entregarla a los requisitos impersonales de la eficiencia. Es como si dijéramos: «usted ha sido discriminada porque no se ha respetado su mayor eficiencia». Como es fácil de advertir, éste es el tipo de argumento que seduciría a alguien preocupado exclusivamente por la productividad, pero no necesariamente a alguien comprometido con lo que hace que la discriminación sea mala por sí misma. Fácilmente se podría ampliar la argumentación afirmando que si una acción discriminadora resultase, por la razón que fuese, más eficiente, entonces habría que aprobarla. Y no es difícil imaginar casos en los que eso sucedería. Por ejemplo, si la sucursal de un banco empezase a perder clientela después de haber contratado a un individuo de origen magrebí como cajero, la eficiencia aconsejaría la discriminación. Por tanto, lo que convierte a la discriminación en mala no debería estar ligado al principio del mérito, sino a algún otro factor que sea más objetivo y esté más centrado en la persona discriminada.

Por otra parte, y desde una perspectiva más igualitarista, se podría pensar que lo que resulta incorrecto de la discriminación es que perpetúa el bajo estatus social históricamente condicionado de algunos grupos sociales, como las mujeres, los negros o los gitanos. El problema de ese argumento, no obstante, es que no incluye las discriminaciones hacia personas que no pertenecen a esos grupos históricamente consolidados, como, por ejemplo, los enfermos mentales, los portadores del SIDA, los analfabetos, los parados de larga duración, los ex presidiarios o los nuevos inmigrantes económicos que provienen del este de Europa, de Asia o del norte de África. Y tampoco incluye nuevas formas posibles de discriminación.

Pues bien, ¿qué es lo que vuelve moralmente injustificable la discriminación si no es nada de lo que se ha dicho hasta ahora? La discriminación es una preferencia a

favor de algunas personas y en contra de otras. Cuando preferimos a unos y no a otros utilizamos diferentes tipos de razones. La simpatía, la lealtad, el atractivo, la familiaridad, la compasión, el sentido del humor, la conexión con los propios gustos e intereses musicales, religiosos, ideológicos, políticos, pueden ser motivos suficientes para preferir a unas personas y no a otras, y no nos parece que ello implique automáticamente una discriminación injusta. También es posible que un individuo busque como pareja a personas de su misma religión, ideología o etnia sin que ello le impida sentirse feliz trabajando, estudiando o yendo en el metro con el resto de personas. En este caso, mantenemos una cierta sospecha sobre su sentido de la discriminación, pero tampoco nos parece claramente condenable. En cambio, otros individuos pueden mostrar un rechazo permanente hacia las personas por su sexo, orientación sexual, etnia, condición social, religión, enfermedad, aspecto o ideología. En estos casos, podemos decir que la discriminación refleja un prejuicio absoluto o universal, mientras que en el anterior diríamos que el tipo de prejuicio que domina es relativo o contextual. Quien cree, sin fundamento racional, consciente o inconscientemente, que las mujeres no son aptas para dirigir una gran organización empresarial, militar o política, mantiene un prejuicio absoluto contra la capacidad de liderazgo de las mujeres en esos ámbitos. Por tanto, tratándose de prejuicios morales absolutos, la discriminación es injustificable. Pero ¿por qué? ¿Todos los prejuicios morales son necesariamente inaceptables?

Algunos tipos de prejuicios no nos parecen tan claramente malos. Hay quien piensa que las personas que poseen mayores virtudes morales, bien por ellas mismas, bien por la posición social que ocupan, merecen un trato especial, en el sentido diferenciador de que merecen mayor respeto y consideración que otras. Por ejemplo, muchos monárquicos piensan que la familia real no debe ser tratada moralmente como a las demás. Muchos católicos piensan de similar modo respecto al Papa. Para ambos colectivos, existe una desigualdad moral entre esos personajes y el resto de la humanidad que se fundamenta en una determinada teoría de la virtud moral que establece desigualdades necesarias.

Existe otro tipo de prejuicios cuya incorrección todavía pasa más inadvertida. Muchas personas tienen la convicción de que es moralmente recomendable, o incluso obligatorio, mostrar más preocupación por el bienestar de los amigos, la familia, la tribu o la comunidad nacional que por el resto de mortales. En esos casos, el prejuicio que sustenta a las actitudes discriminatorias no sólo no produce indignación, sino que a menudo provoca el elogio. La mayoría de nosotros consideraríamos un defecto moral no demostrar mayor desvelo por los hijos propios que por los del vecino, y también entendemos que se exprese mayor interés por la suerte de los miembros de la propia comunidad que por el resto. Cuando sucede una catástrofe en un lugar turístico alejado de nuestras fronteras, todos los informativos nacionales comienzan la noticia mostrando una especial inquietud por el paradero de los *suyos,* y ante una competición deportiva internacional, casi nadie censura el deseo, incluso públicamente manifestado, de que ganen los del propio país. Otra clase de prejuicios vinculada al bienestar prioritario de los más allegados resulta moralmente más difusa, como un determinado tipo de patriotismo que defiende un estado del bienestar reservado para los nacionales (consideraciones de eficiencia al margen), o el prejuicio contextual cada día más extendido de quienes se quejan amargamente de que los inmigrantes *extran-*

jeros acaparen sistemáticamente las ayudas escolares, sociales y de acceso a la vivienda reservadas a los más pobres.

Así pues, no todos los prejuicios son igualmente detestables desde un punto de vista moral, aunque es controvertible saber dónde hay que poner los límites. Sin embargo, se puede argumentar que es perfectamente compatible preferir a las personas moralmente virtuosas o a los allegados sin sentir menosprecio por los demás, pese a que exista una tendencia casi espontánea en muchas personas a conectar el interés especial por lo propio con la inferioridad de lo ajeno. Los amigos, la familia y los vecinos no son moralmente más valiosos que los demás, pero merecen una preocupación *especial* por nuestra parte. Por otro lado, se puede esgrimir que no es igualmente malo actuar preferentemente hacia un grupo de individuos desatendiendo al mismo tiempo al resto de la humanidad que perjudicar directamente a un grupo social. El primer caso representa una extensión lógica de los compromisos morales hacia ciertas personas y colectivos, mientras que el segundo suele presuponer una ideología que proclama que los miembros del grupo directamente perjudicado son moralmente inferiores o menos valiosos, bien en conjunto —como los judíos para los nazis—, bien a partir de algún atributo o capacidad particular. Hay que señalar, sin embargo, que, desde el punto de vista de la persona discriminada, esa última distinción es absurda, ya que sus atributos personales, reconocidos o negados, suelen formar parte de su identidad. Éste el caso de la discriminación contra la mujer cuando el discriminador argumenta, falazmente, que, en realidad, no discrimina a las mujeres, sino sólo a su capacidad de liderar organizaciones complejas. Negar a las mujeres o a cualquiera, sin una teoría contrastada, su capacidad igual a los demás es como negar su sexo, su presencia física o su origen familiar: es negarlos sin más, denigrarlos como personas, admitir su inferior valor moral como seres humanos.

Se podría pensar que hemos entrado de lleno en la respuesta adecuada a la cuestión de lo que hace que la discriminación sea moralmente mala. Toda discriminación sospechosa presupone un prejuicio, pero es especialmente dañina cuando se trata de un prejuicio absoluto o universal[3] y cuando éste supone una creencia errónea en la inferioridad de determinadas personas o colectivos para ser lo que otros pueden ser o desempeñar actividades que otros pueden desempeñar.

Cabe resaltar que los efectos de la discriminación van más allá del daño directo que se inflige a las personas discriminadas. Hay un daño indirecto que tiene que ver con la imagen que los discriminados tienen o elaboran de sí mismos tras la costumbre de vivir bajo el yugo de la discriminación. Por efecto de las llamadas preferencias adaptativas, que todas las personas construimos como reacción natural —y racional— al contexto de limitación de recursos en que estamos acostumbradas a vivir, los discriminados pueden acabar adoptando la imagen de sí mismos que sus discriminadores proyectan sobre ellos, lo que explica que muchas mujeres lleguen al falso convencimiento de que son menos capaces que los hombres para realizar las tareas atribuidas tradicionalmente a ellos, o que miembros de minorías históricamente discriminadas acaben creyendo que nunca estarán lo bastante preparadas para alcanzar determinadas metas sociales. La paradoja del esclavo feliz ilustra la trampa que las preferencias

[3] Cfr. ALEXANDER, 1992.

adaptativas construyen, inconscientemente, en las personas que reciben una discriminación permanente[4].

Algunas formas de discriminación son fruto de actitudes conscientes que se basan en teorías bien sobre la superioridad biológica de unos grupos sobre otros (los hombres sobre las mujeres, los blancos sobre los negros, los arios sobre los judíos y los gitanos...) bien sobre la superioridad cultural (los europeos sobre los africanos, los occidentales sobre el resto de la humanidad...). No hace falta remontarse muy atrás para encontrar ambos tipos de teorías. El famoso y polémico libro de Richard HERNSTEIN y Charles MURRAY, *The Bell Curve,* escrito en 1994, sugiere que los negros son genéticamente menos inteligentes que los blancos. Michael LEVIN, en *Why Race Matters* (1997), añade que los negros no sólo son menos inteligentes, sino que además tienen una tendencia innata a la agresividad y al crimen superior a la de los blancos. Steven GOLDBERG, en *Why Men Rule: A Theory of Male Dominante* (1993), sostiene que las diferencias biológicas entre los sexos explican la inevitable dominación social de los hombres, ya que poseen un nivel de testosterona superior a las mujeres que les proporciona mayor agresividad, competitividad y ambición que ellas. Respecto a la superioridad cultural de unos grupos sobre otros, existen teorías que atribuyen el bajo estatus social de los negros de Estados Unidos a una especie de patología cultural, que proviene de una ética del trabajo muy poco competitiva en el mercado, un desinterés crónico por el esfuerzo académico y una dificultad superior a otras culturas étnicas por buscar y encontrar trabajo. Algo parecido a la imagen que los gitanos tienen en España todavía para muchas personas. Los estadounidenses de origen asiático se suelen poner como ejemplo de minoría que, gracias a sus características culturales, prosperan social y económicamente mucho más que los negros[5]. Este tipo de teorías son comúnmente utilizadas para justificar el racismo y el sexismo más detestables, con el fin último de preservar y ampliar los privilegios del grupo beneficiario de la discriminación.

Sin embargo, otras formas de discriminación no se fundamentan en teorías elaboradas ni vienen precedidas de deliberaciones conscientes, sino que son el producto de procesos cognitivos inconscientes. En ese caso, se podría pensar que si no existe un propósito deliberado de discriminar, la discriminación no es mala por sí misma, sino en todo caso por sus efectos negativos, lo que parece que exculparía a los discriminadores de su actitud, aunque no impediría llevar a cabo acciones públicas contra la discriminación. Pero esa idea contraviene dos argumentos plausibles. En primer lugar, mantener un prejuicio por ignorancia no excluye la evaluación moral del prejuicio. Si éste es moralmente malo, lo sigue siendo tanto si su portador es consciente como si no. Y, en segundo lugar, la inconsciencia puede ser el producto de una inevitable irreflexión sobre las actitudes propias, como ocurre en los niños, pero también de una menos excusable falta de reflexión o de un sospechoso autoengaño, como ocurre con los adultos que hace mucho tiempo que ejercen la discriminación aun conociendo las teorías que la denuncian. En este último caso, la exculpación moral del discriminador es cuando menos discutible.

---

[4] Sobre la importancia cognitiva y la racionalidad de las preferencias adaptativas, consúltese ELSTER, J., 1988: *Uvas amargas,* Barcelona: Península.

[5] Véase, por ejemplo, SOWELL, T., 1994: *Race and Culture: a World View,* New York: Basic Books; y THERNSTROM, S., y THERNSTROM, A., 1997: *America in Black and White,* New York: Simon and Schuster.

2. DISCRIMINACIÓN ENCUBIERTA

Una de esas formas de discriminación inconsciente es la que podríamos denominar discriminación encubierta. Según ésta, algunas personas tratan a otras de manera diferente a partir de estereotipos o de esquemas cognitivos que estructuran sus percepciones y hábitos de conducta, a pesar de que ellas mismas desaprobarían tales representaciones si fuesen conscientes de su existencia. La psicología social y la sociología explican cómo se forman los estereotipos que conducen a los prejuicios y, finalmente, a la discriminación injusta. Los estereotipos son hábitos inconscientes de pensamiento que vinculan atributos personales a la pertenencia a un grupo. Pueden ser descriptivos o normativos. En el primer caso, son generalizaciones a partir de las percepciones que se tienen sobre cómo son los otros. Conducen a la discriminación cuando juzgamos a todos los miembros de un grupo a partir de los rasgos señalados por el estereotipo. En el segundo caso, son generalizaciones a partir de cómo suponemos que son los otros. Pueden basarse en el caso anterior, pero añaden ahora un juicio subjetivo que a menudo agudiza más la discriminación. Los estereotipos se acaban convirtiendo en teorías implícitas, llenas de prejuicios en la manera como percibimos, interpretamos, descodificamos y retenemos la información que recibimos de los otros. Están más relacionados con los procesos cognitivos que con las motivaciones. Por esa razón, lo curioso de los estereotipos es que están presentes incluso entre quienes los rechazarían de ser conscientes de su posesión, lo que hace que se pueda discriminar a los otros sin desear hacerlo.

Los estereotipos existen por una razón de eficiencia cognitiva. Según la psicología cognitiva[6], ayudan a economizar la enorme y compleja información que recibimos del ambiente. Tienen como finalidad última la protección del estatus y los privilegios del grupo de referencia al que pertenecemos contra su posible pérdida por la injerencia de los otros, que también percibimos integrados en grupos. La categorización de las personas en grupos propios y ajenos es un proceso automático e inconsciente, y en este sentido el sexo, la etnia, el origen geográfico y nacional, las minusvalías o la clase social funcionan como grupos sociales claramente diferenciados y, por tanto, candidatos especiales a ser estereotipados. Por tal motivo, los estereotipos tienen un efecto de autoalimentación, puesto que los individuos acaban inconscientemente persiguiendo, prefiriendo y recordando información que apoya sus estereotipos, a la vez que ignoran, descartan y olvidan la información que los contradice. Cuanta más información tenemos que procesar y más urgente es su asimilación cognitiva, menos reflexión le dedicamos y más fácil acaba siendo la formación de estereotipos.

Pero los estereotipos son algo más que mecanismos de eficiencia cognitiva: producen prejuicios, es decir, evaluaciones sesgadas sobre las capacidades y el valor de los individuos que pertenecen a los grupos estereotipados. Un ejemplo lo ilustrará mejor que más teoría. Imaginémonos el estereotipo que dice que los hombres son mejores que las mujeres en aquellas tareas a las que tradicionalmente han estado más acostumbrados, como entender la mecánica de un coche. Según el estereotipo, a los

---

[6] Un interesante estudio sobre discriminación y psicología social se encuentra en FISKE, S., 1998: «Stereotiping, Prejudice and Discrimination», en GILBERT, D.; FISKE, S., y LINDZEY, G. (eds.), *Handbook of Social Psychology,* New York: McGraw-Hill.

hombres se les supone la competencia mecánica. De ese modo, si un hombre no consigue arreglar un motor renqueante o ni siquiera entender el mecanismo que ha producido una avería se suele achacar ese fracaso a factores relacionados con la situación, como la mala suerte o una falta de esfuerzo, sin que ello suponga una predicción futura sobre más fracasos en ese campo. En cambio, el estereotipo dice que las mujeres no están tan capacitadas para entender los misterios de mecánica de automoción, de manera que si también fracasan en el intento de arreglar o comprender el origen de la avería la explicación es mucho más fácil: carecen de la capacidad o de la habilidad necesaria para este tipo de conocimiento práctico y, por tanto, son previsibles más fracasos en el futuro. Y si resulta que tienen algún éxito, se explica por factores situacionales, como la buena suerte, que naturalmente no predice más éxitos en el futuro. Estereotipos como éste ayudan a explicar por qué las mujeres a menudo tienen que demostrar constantemente su capacidad profesional a pesar incluso de haber cosechado numerosos éxitos en su trabajo. Ellas deben demostrar no sólo que hacen algo bien, sino que también lo pueden hacer en el futuro, es decir, deben luchar contra los estereotipos habituales asociados a la capacidad desigual de hombres y mujeres para realizar trabajos tradicionales de hombres. Lo mismo ocurre con los estereotipos que padecen el resto de grupos discriminados en los diferentes ámbitos sociales y profesionales.

Los estereotipos están mucho más presentes en nuestras vidas y en nuestro pensamiento de lo que creemos, entre otras cosas porque son, como tales, el resultado inconsciente de los procesos cognitivos. Y muchos de los estereotipos esconden prejuicios innecesarios que conducen a discriminaciones injustas. Los prejuicios producidos por los estereotipos se afianzan en la estructura inconsciente del pensamiento con una fuerza que crea grandes resistencias a interpretar correctamente los hechos observados a través de ellos. No obstante, la ventaja de explicar parte de la discriminación a partir de los estereotipos es que, una vez que somos conscientes de ellos, tenemos la oportunidad de superarlos, lo que puede acabar reduciendo considerablemente el volumen actual de la discriminación. No sucede lo mismo con la discriminación consciente de quienes tienen el objetivo deliberado de preservar y ampliar sus privilegios. En ese caso, las estrategias de cambio deberían ser social y legalmente más contundentes.

Una característica especialmente relevante de los estereotipos desde el punto de vista de la discriminación es su correlación con el poder. Algunos estudios[7] demuestran que las personas que disfrutan de mayor poder en la sociedad tienden a estereotipar más que aquellas acostumbradas a cumplir papeles sociales de subordinación. Estas últimas no se pueden permitir el lujo de estereotipar a aquellos de quienes dependen porque necesitan valorarlos con más cuidado, mientras que las personas que detentan mayor poder social estereotipan con mayor despreocupación a aquellos a quienes dominan, ya que su bienestar no depende de un conocimiento personalizado de sus subordinados. Eso explica por qué la discriminación es más difícil de vencer en las mentes de los privilegiados que en la de los subordinados, y es una razón más a favor

[7] OPERARIO, D.; GOODWIN, S., y FISKE, S., 1998: «Power Is Everywhere: Social Control and Personal Control Both Operate at Stereotype Activation, Interpretation, and Inhibition», en WYER, R. (ed.), *Stereotype Activation and Inhibition,* Mahway, NJ: Lawrence Erlbaum Ass.

de fundamentar el poder en convicciones igualitaristas que logren conectar los intereses de todos a través de un diálogo en igualdad de condiciones. El pensamiento igualitario tiene aquí la función instrumental de contribuir a deshacer los estereotipos que incomunican y desigualan injusta e innecesariamente a las personas.

3. LA PARADOJA LIBERAL DE LA DISCRIMINACIÓN

Por lo dicho hasta ahora, parecería que la discriminación depende completamente de la presencia de prejuicios sobre la inferioridad moral de determinados individuos o colectivos. Sin embargo, también aquí existen fronteras imprecisas. Algunas formas de discriminación hunden sus raíces en ideales morales particulares, en concepciones del bien, de la virtud y de lo que es una sociedad buena, sin que necesariamente contengan una teoría sobre la inferioridad de determinados grupos y personas, lo que dificulta tanto su evaluación moral como su erradicación. Si tales actitudes se juzgan como prejuicios, se podría pensar que esos juicios provienen de una concepción moral externa que el discriminador puede ignorar, o incluso despreciar, por considerarla ajena a su sistema de valores morales y culturales. Por ejemplo, algunas éticas religiosas reservan roles sociales diferentes para hombres y mujeres. Creen que las mujeres no deben dedicarse a la política, no pueden negarse a formar una familia o les está vedado participar en la vida pública con los mismos derechos que los demás. No es que piensen —necesariamente— que las mujeres están incapacitadas para ejercer los roles destinados a los hombres, pero creen que es inmoral que se salgan del papel social asignado por su religión. Otro ejemplo es el rol familiar reservado a los homosexuales en nuestra sociedad. Muchas personas opinan que las parejas homosexuales no deberían formar familias con hijos. Algunas de ellas pretenden basar sus creencias en teorías sobre el daño que sufrirían los hijos en un ambiente familiar homosexual, con lo cual la carga de la prueba recae en la racionalidad de la teoría. Pero otras simplemente consideran moralmente reprobable ese tipo de familia, aunque se demostrase que los hijos no padecen las calamidades psicológicas y sociales que algunos predicen.

Se puede objetar que tras esos juicios de valor sobre la conducta y los roles sexuales de las personas se esconde un prejuicio *absoluto* sobre la inferioridad moral de determinados individuos o colectivos. Si se niega a las mujeres el acceso al sacerdocio o a los homosexuales una paternidad responsable es porque existe un prejuicio encubierto sobre la inferioridad moral de las mujeres y los homosexuales respectivamente. Pero esa sospecha no es tan fácil de corroborar. Al fin y al cabo, mantener esos supuestos prejuicios es compatible con pensar que mujeres y homosexuales son perfectamente capaces de realizar cualquier otra tarea social. Esos juicios morales particulares o restringidos a los roles de género no necesariamente suponen la negación de la igualdad moral de las personas.

En cualquier caso, tanto si pensamos que esas creencias ocultan prejuicios absolutos como si no, lo cierto es que ese tipo de actitudes producen una inesperada paradoja en una sociedad liberal: cuanto más abierta y tolerante se muestra una sociedad con las diversas concepciones de la moralidad, más imprecisa se vuelve su capacidad para detectar, denunciar y prohibir las conductas basadas en ese tipo de creencias o juicios de valor, es decir, cuanto más liberal es la sociedad más difícil le resulta saber

cuándo se está produciendo una discriminación basada en prejuicios. Si las discriminaciones se basan exclusivamente en prejuicios, las sociedades liberales, abiertas y tolerantes caen fácilmente en esa paradoja, puesto que cabe pensar que las creencias sobre la moralidad de los roles de género pueden no estar fundamentadas directamente en prejuicios, en "la negación de la igualdad entre los hombres", sino en ideales morales que, en principio, una sociedad tolerante con las diversas concepciones del bien debería permitir.

Una sociedad liberal es aquella donde todas las ideas del bien deben convivir en condiciones jurídicas de igualdad, de modo que se reconozca el derecho de todos a ejercer libremente sus ideales morales siempre que sean compatibles con los ideales de los demás. En caso de conflicto, la libertad de conciencia, de pensamiento y de vivir en el ámbito privado conforme a las propias convicciones debe prevalecer. Eso significa que, en una sociedad liberal, se debe permitir que los homosexuales adopten niños —siempre que no haya teorías contrastadas que demuestren un daño real a los menores— o que las mujeres accedan al poder político, al mismo tiempo que se tolera que existan grupos sociales que condenan moralmente la igualdad de género en esos ámbitos. Pero cuando la discriminación depende de concepciones morales del bien, y no de teorías contrastables sobre la supuesta inferioridad o incapacidad de las personas en función de su sexo o de estereotipos inconscientes que serían rechazados de asomar a la conciencia, resulta difícil confirmar la existencia de prejuicios. Naturalmente, se puede sospechar razonablemente que esos ideales morales esconden prejuicios, pero en una sociedad liberal y comprometida con el pluralismo moral no se dispone de más razones contra ellos de las que utilizaríamos para oponernos a la existencia de Dios. También se puede pensar que las personas que padecen la actitud de quienes defienden ideales morales discriminadores experimentan un oprobio y un insulto injustificables. Pero ése es el precio de pertenecer a una sociedad que respeta diferentes visiones del bien y del más allá. La ventaja de vivir en una sociedad tolerante, decía John Stuart MILL, consiste, entre otras cosas, en que se minimiza el riesgo de haber escogido la creencia equivocada. Una sociedad tolerante no es aquella en que todas las actitudes morales *correctas* se acaban imponiendo socialmente, sino aquella otra en que todas esas actitudes reciben igual protección legal y política, es decir, no elimina la posibilidad de que el modo de vida personal escogido tenga detractores, pero tampoco permite que ninguna de esas detracciones impida a nadie seguir adelante con él.

Los prejuicios absolutos producen siempre discriminación, pero si consideramos que la discriminación es mala sólo cuando concurren prejuicios, podemos ser víctimas de la paradoja liberal de la discriminación antes apuntada. El antídoto contra esa paradoja consiste en rechazar al prejuicio como el *designador rígido* [8] de la discriminación. Para apoyar ese rechazo, resulta pertinente traer a colación un tipo especial de discriminación que parece eludir la presencia de prejuicios: la discriminación estadística.

---

[8] En la teoría epistemológica del realismo *esencialista,* formulada por KRIPKE, S., el *designador rígido* (d.r.) describe la propiedad esencial de los objetos, lo que hace que podamos reconocer un objeto en cualquier contexto e independientemente de las propiedades accidentales que presente. Por ejemplo, H_2O es el d.r. del agua: allí donde no hay H_2O no hay agua. KRIPKE, S., 1992: *El nombrar y la necesidad,* México: UNAM.

4. DISCRIMINACIÓN ESTADÍSTICA

La discriminación estadística se presenta cargada de racionalidad y no contiene necesariamente algún tipo de animadversión especial hacia los demás, lo que contrasta con la tesis de que es la presencia de prejuicios lo que vuelve moralmente inaceptable la discriminación[9]. Esta nueva forma de trato desigual y discriminatorio tiene que ver, por ejemplo, con el rendimiento productivo de los trabajadores en función del sexo y el origen étnico. Un empresario puede desarrollar dos tipos de creencias que conectan el sexo y el origen étnico con la adecuación para determinados empleos. En primer lugar, puede pensar que todas las mujeres o todas las personas de origen gitano, magrebí o asiático son inadecuadas —o al menos más inadecuadas que el resto— para ocupar determinados puestos de trabajo. En ese caso, lo más probable es que dicho empresario mantenga algún tipo de convicción sexista o racista sobre el valor de esas personas. Pero, en segundo lugar, puede creer que las mujeres y las personas de ciertas etnias o culturas tienden a ser menos adecuadas o productivas en determinados trabajos. Esta segunda creencia puede tener un fondo de prejuicio, como, por ejemplo, cuando se trata a todos los miembros de la etnia gitana de vagos e indisciplinados, o cuando se tacha a las mujeres de demasiado emocionales para ocupar puestos de responsabilidad profesional.

Pero en algunas ocasiones no está tan claro dónde está el prejuicio moral. Las compañías de seguros de automóvil suelen tener primas diferentes para hombres y mujeres, y para jóvenes y mayores. En este caso, la discriminación se defiende con el argumento de que los hombres jóvenes tienen más accidentes de tráfico o, lo que es lo mismo, conducen por regla general con más riesgo. Es obvio que detrás de este tipo de discriminación no hay un prejuicio moral, aunque se trata de manera diferente a las personas en función de su sexo y su edad, y sin importar si algunas mujeres mayores son, de hecho, más peligrosas al volante que algunos hombres jóvenes, siempre que su número sea reducido. Todos los miembros de un grupo son tratados por igual a partir de un comportamiento medio, sin una valoración individualizada. Pero la causa de la discriminación no reside necesariamente en un prejuicio, ni en la ignorancia, ni en la voluntad de defender determinados intereses de poder por parte de un colectivo privilegiado, sino en el deseo mucho más racional y aparentemente neutral de ser eficiente.

Imaginemos ahora un ejemplo diferente. Algunas personas opinan que los homosexuales no deberían formar parte del ejército, no porque la homosexualidad sea un

---

[9] La discriminación estadística puede ser confundida con la discriminación indirecta o *disparate impact,* pero no son lo mismo. Esta última no exige la intencionalidad del discriminador como elemento probatorio de la discriminación (a diferencia de la discriminación directa o *disparate treatment*) y, por tanto, utiliza los *efectos* de la conducta para evaluar la discriminación y no sus *razones.* Pero presupone la existencia de razones prejuiciosas. Si no las tiene en cuenta para *comprobar* la discriminación se debe a que resulta técnica o legalmente muy difícil hacerlo. Es difícil comprobar, por ejemplo, que un empresario mantiene intencionalmente un prejuicio sexista si no promociona a una determinada mujer dentro de su empresa por el hecho de ser mujer. Puede camuflar su prejuicio con el establecimiento de requisitos y condiciones de acceso de apariencia neutral. Es más fácil presuponer ese prejuicio si se comprueba que general o sistemáticamente promociona a los hombres y no a las mujeres. La peculiaridad de la discriminación estadística es que, en ocasiones, ni siquiera cabe presuponer un prejuicio moral absoluto (basado en la inferioridad moral de determinados individuos o colectivos) para reconocer la discriminación.

impedimento para convertirse en un excelente soldado, sino porque la convivencia en los cuarteles entre homosexuales y heterosexuales genera unas incomodidades que reducen, en general, la armonía y el compañerismo imprescindibles para el buen hacer de un ejército. ¿Se trata, en este caso, de un prejuicio que debe ser eliminado o de una razón pertinente que hay que tomar en consideración para prohibir el ingreso de homosexuales en el ejército? Imaginemos ahora a un empresario que necesita operarios para trabajar en una fábrica textil. De entre todos los candidatos presentados, mayoritariamente mujeres, rechaza sistemáticamente a los de origen magrebí. La razón es que, en otras ocasiones, ha contratado a mujeres norteafricanas, pero se ha dado cuenta de que tienen un índice de absentismo laboral muy elevado en comparación con las demás. Naturalmente, siempre había alguna excepción, incluido el absentismo laboral reiterado de algunas mujeres de otras etnias. Como que, antes de realizar los contratos, no puede prever qué individuos realmente tendrán un absentismo laboral elevado y cuáles no, simplemente excluye a las norteafricanas de futuras contrataciones. Según razona el empresario, es una decisión dictada por la eficiencia, ya que lo contrario sería tomar decisiones contra su negocio. Se niega a pensar que es un acto de racismo. De hecho, su hijo está saliendo con una joven marroquí y en casa están encantados con la muchacha. ¿Existe en este caso una discriminación laboral injusta?

Podríamos pensar que es injusto tratar a todos los individuos según el comportamiento medio de su grupo, porque eso los despersonaliza, es decir, impide que su valía profesional dependa de ellos mismos, de su esfuerzo y capacidad individuales, de su mérito personal. Las personas merecen un respeto individual, independientemente de si son miembros de un colectivo u otro. «Cualquier individuo perteneciente a un grupo determinado que es víctima de una *discriminación estadística* nunca habría tenido una oportunidad para competir, para probar su capacidad. Sería juzgado completamente sobre la base de la conducta de *otras* personas —personas que comparten algunas características arbitrarias con él—»[10]. Este argumento es realmente plausible, propio de las éticas de principios o deontológicas —aunque la ética utilitarista más seria tampoco renuncia al individualismo ético, a pesar de que en los casos de justicia distributiva priorice sistemáticamente el bienestar colectivo al individual—[11]. Entonces, ¿hemos dado ya con la razón que condena cualquier tipo de discriminación estadística?

Vamos a comprobar que las dudas permanecen. La selección de las personas a través del mérito responde a la misma lógica de la discriminación estadística. En muchas ocasiones, los individuos no pueden demostrar que son aptos para realizar un trabajo antes de realizarlo —e incluso antes de acumular cierta experiencia sobre él—. Lo que el principio del mérito hace es seleccionar, a través de alguna prueba objetiva, a los individuos que previsiblemente desarrollarán mejor la tarea para la que son seleccionados, ya que la *estadística* muestra que los que alcanzan determinada puntuación en las pruebas objetivas tienen más probabilidades de hacer mejor el trabajo. Es imposi-

---

[10] FISHKIN, J., 1983: *Justice, Equal Opportunity, and the Family,* New Haven: Yale University Press, p. 24. Una tesis contraria a la de FISHKIN se puede encontrar en CAVANAGH, M., 2002: *Against Equality of Opportunity,* Oxford: Clarendom Press, Part 3.

[11] Para una defensa del individualismo ético en el utilitarismo, véase, por ejemplo, SINGER, P., 1991: *Ética práctica,* Barcelona: Ariel.

ble individualizar totalmente el mérito. Puede ocurrir que no se disponga del tiempo y los mecanismos necesarios para ello, que los costes sean desproporcionados, y que sencillamente resulte imposible, ya que a menudo parte del mérito sólo se puede demostrar una vez se ha empezado a trabajar, o incluso tiempo después. Si fuese posible una completa personalización del mérito, muchos empresarios descubrirían que algunos de los aspirantes descartados por la prueba objetiva tenían unas cualidades ocultas mejores que las de los elegidos inicialmente. En cualquier caso, la selección a través del mérito es ya un claro ejemplo de discriminación estadística que, por supuesto, no censuramos moralmente.

Se podría replicar que el mérito incluye factores que las personas pueden controlar, como el esfuerzo y la ambición, mientras que si el factor determinante para ser rechazado en el acceso a un trabajo es el sexo o el origen étnico y cultural, se está juzgando a los individuos por factores que éstos no pueden controlar y de los cuales, por tanto, no se les puede responsabilizar. Y es precisamente eso —la violación del principio de responsabilidad, y no del principio del mérito— lo que vuelve injusta a la discriminación estadística. Sin embargo, si seguimos con esa argumentación, también habría que impedir a los empresarios que contratasen a sus trabajadores basándose en un factor también moralmente arbitrario como la inteligencia natural. La inteligencia natural, como el sexo o el origen étnico, es un atributo que cae fuera de la responsabilidad de los individuos, y si lo que convierte a la discriminación estadística en inmoral es que utiliza ese tipo de atributos para juzgar la adecuación de los individuos al trabajo, entonces también habría que señalar como inmoral la contratación de un profesional a partir de su inteligencia natural. Si no lo hacemos, si no creemos que el caso de la inteligencia sea moralmente censurable en la selección de los candidatos a un puesto de trabajo, es porque la inteligencia señala un factor de eficiencia. Las personas más inteligentes presumiblemente realizarán mejor los trabajos complejos que los menos inteligentes, como las personas con una determinada habilidad natural tienen más probabilidades de realizar mejor las tareas que exigen ese tipo de habilidad, y ésa es la razón por la que tienen prioridad en el acceso a algunos trabajos.

Aún se podría replicar que la inteligencia o las habilidades naturales no son nada por sí mismas y que siempre requieren de una cierta responsabilidad del individuo para desarrollarlas, cosa que es imposible si partimos del sexo o el origen étnico. Pero entonces también deberíamos admitir que los empresarios que condicionan el acceso a un trabajo al hecho de poseer un determinado acento y unas maneras de vestir no están discriminando en función de la clase social, a pesar de que en la práctica sólo los miembros de una determinada clase social cumplan los requisitos impuestos por el empresario. Todos tenemos la posibilidad, ni que sea remota en muchos casos, de reeducar el acento y de adecuar la forma de vestir a cualquier exigencia social. Sin embargo, no creo que esa mera posibilidad sea suficiente para volver aceptable la política de selección del empresario clasista. Por tanto, el principio de la responsabilidad individual no basta para censurar moralmente la discriminación estadística.

Ahora bien, que la discriminación estadística, incluso si utiliza el sexo o el origen étnico y cultural como criterio de exclusión, no sea siempre moralmente condenable, ya que no contiene necesariamente actitudes prejuiciosas inaceptables, no significa que debamos despreocuparnos de sus efectos morales negativos. Por un lado, algunos empresarios pueden utilizar la discriminación estadística para encubrir prejuicios into-

lerables. Cuando se rechaza a mujeres o a africanos como candidatos a desarrollar un trabajo de cara al público alegando que una parte significativa de la clientela se muestra reacia a tratar con personas de su condición, el empresario se convierte en vehículo del sexismo y el racismo, y entonces debemos condenarlo y poner los medios para impedirlo. Cuando se rehúsa contratar a mujeres jóvenes por miedo a que los embarazos posibles perjudiquen la productividad de la empresa, también es necesario intervenir, por ejemplo a través de ayudas públicas tanto a mujeres embarazadas como a los empresarios que las contratan para que esa circunstancia provoque los menores costes de productividad posibles. Por otro lado, puede ocurrir que, simplemente, algunos individuos y colectivos vean disminuidas sus oportunidades laborales y sociales debido a la discriminación estadística, lo que todavía es más grave si los discriminados son los colectivos históricamente perjudicados por la discriminación inmoral. También aquí los poderes públicos tienen la obligación de intervenir. Una forma de hacerlo es a través de una presión fiscal especial a las empresas que utilizan la discriminación estadística para obtener mayores beneficios económicos. Se trataría de que los beneficios económicos de la discriminación estadística acabasen favoreciendo a todos, incluidos los discriminados. Otra medida es limitar legalmente las ocasiones en que se permite la discriminación estadística, con el fin de reducirla a los casos que presentan menos sospechas de discriminación inmoral encubierta.

En conclusión, a pesar de que la discriminación estadística no siempre está vinculada a un prejuicio moral contra las personas discriminadas, es igualmente condenable desde la ética. Porque *lo que convierte en mala a la discriminación no lo debemos buscar en el punto de vista de quien discrimina, sino en el efecto de su acción sobre la persona discriminada.* La perspectiva de la víctima, su falta o su recorte de oportunidades por circunstancias que le son ajenas, es lo que la ética de la igualdad de oportunidades debe denunciar. Otra cosa es la condena moral —e incluso penal— que merece el discriminador, que, sin duda, debe ser proporcional a su responsabilidad, pero no es necesario juzgar sus ideas o intenciones —si contienen o no prejuicios, si se fundamenta o no en ideas inmorales...— para identificar una discriminación como mala. Los motivos del discriminador son importantes para juzgar su conducta y para descubrir los motivos ocultos de ésta, pero son las consecuencias de su acción, el perjuicio que ésta causa en la víctima —incluida la humillación—, lo que vuelve intolerable como tal la discriminación. Las teorías racistas y sexistas o el simple menosprecio contra las personas por su sexo, etnia o discapacidad son moralmente reprobables, pero es el recorte de oportunidades iguales que se derivan de las actitudes discriminatorias lo que convierte en mala la discriminación y lo que resulta condenable desde una ética igualitarista.

EL HOLOCAUSTO Y LA RESPONSABILIDAD: ALTRUISMO LIMITADO Y DILEMAS TRÁGICOS*

José Luis Pérez Triviño

Universidad Pompeu Fabra (Barcelona)

RESUMEN. Este artículo parte de los análisis más recurrentes acerca de la atribución de responsabilidad de los alemanes en el Holocausto. Sobre este tema varios autores han culpado a la población alemana en su conjunto o diluyen la responsabilidad con la diferencia entre perpetradores y meros espectadores. Para el autor, ambas tesis son demasiado simplificadoras y reduccionistas de la vasta realidad de actores y espectadores que tuvieron un grado de participación.

Para dar un poco de luz al respecto, el autor presenta una taxonomía que muestra los diferentes grados de participación que se pudieron haber dado durante el Holocausto. De tal forma, introduce seis categorías centrales de participación y ocho diferentes clases de actuación altruista, que posteriormente servirán para afinar los juicios de responsabilidad moral y jurídica respecto a dichos participantes.

Palabras clave: holocausto, grados de participación, responsabilidad.

ABSTRACT. This article takes, as a starting point, the most recurrent analysis when attributing responsibility to the Germans in the Holocaust. When dealing with this subject, various authors have blamed the German population as a whole or have diluted the responsibility by differentiating between perpetrators and mere spectators. In the author's opinion, both theses are too simplistic and reductionist when applied to the vast reality of actors and spectators who participated to some degree.

In order to shed light on this subject, the author presents a taxonomy which shows the different degrees of participation that could have existed during the Holocaust. In this way, he introduces six central categories of participation and eight different kinds of altruistic action, which will later be used to more accurately define the judgments of moral and legal responsibility of the aforementioned participants.

Keywords: Holocaust, degrees of participation, responsibility.

* Trabajo realizado con la ayuda del Ministerio de Educación y Ciencia SEC2002-1284-E.

1. INTRODUCCIÓN

El Holocausto ha sido uno de los eventos más significativos de la historia de la humanidad desde muchos puntos de vista. Filósofos, historiadores, psicólogos, antropólogos han discutido acerca de su carácter único en el devenir de la humanidad dada la magnitud de las matanzas llevadas a cabo por los nazis en un período de tiempo relativamente corto, y muy especialmente por los motivos y formas en que se llevaron a cabo.

Desde el ámbito filosófico y más específicamente moral, uno de los desafíos que plantea el Holocausto está relacionado con la determinación del ámbito de la responsabilidad moral de los participantes directos, pero también de aquellas personas que no intervinieron en la muerte de millones de personas pero que, por otro lado, tampoco fueron sus víctimas [1]. Las circunstancias que surgieron del nazismo y de su persecución de los judíos provocó que muchos alemanes (no todos y, por otro lado, también otros individuos pertenecientes a otros Estados ocupados por los nazis) se encontraran en la tesitura de balancear, por un lado, sus obligaciones morales hacia las víctimas de la persecución y, por otro lado, el probable daño que podrían sufrir ellos mismos o sus familiares si eran descubiertos ayudando a las víctimas cuando tales acciones, por supuesto, estaban castigadas severamente. En estos casos surgía un inevitable conflicto de obligaciones morales de difícil solución.

Inmediatamente después de finalizada la guerra, se discutió el papel, en general pasivo, de una gran parte de la ciudadanía durante la persecución de los judíos y de los otros colectivos perseguidos por nazismo. Uno de los primeros en poner el dedo en la llaga fue Karl JASPERS en su conocida reflexión sobre la distinta culpa atribuible a los alemanes durante este episodio de su historia. En uno de los párrafos aborda la cuestión de los "espectadores", esto es, la actitud de aquellos alemanes que, sabiendo lo que estaba ocurriendo con los judíos, permanecieron pasivos como si el asunto no fuera con ellos.

> «cada uno de nosotros es culpable por no haber hecho nada. En la medida en que permaneció inactivo [...] Pero la pasividad sabe de su culpa moral por cada fracaso que reside en la negligencia, por no haber emprendido todas las acciones posibles, para proteger a los amenazados, para aliviar la injusticia, para oponerse. En ese sometimiento propio de la impotencia quedaba siempre un margen para una actividad que, aun cuando no sin peligro, sí que era efectiva cuando se desarrollaba con precaución» [2].

Frente a los "espectadores" se alzan los "salvadores" que, en situaciones análogas a las de que aquéllos, actuaron de forma diametralmente opuesta. Fue el caso de aquellos individuos que se comportaron de forma altruista y, en este sentido, ayudaron a salvar la vida de algunas de las víctimas del nazismo. Los episodios llevados a cabo por estos salvadores han despertado el interés y el elogio general, dado que en muchas ocasiones tales acciones humanitarias no estaban exentas de serios peligros para ellos,

---

[1] FREEMAN, M., 2003: «Is Limited Altruism Morally Wrong?», *Moral Philosophy and the Holocaust,* Eva Gerrard & Geoffrey Scarre (eds.), Burlington: Ashgate Press, p. 138.

[2] JASPERS, K., 1998 [Piper GmbH&Co., Munich, 1965]: *El problema de la culpa. Sobre la responsabilidad política de Alemania,* Barcelona: Paidós ICE/UAB. Trad. Román GUTIÉRREZ CUARTANGO, p. 87.

para su familia o para sus amigos. Es mundialmente conocida gracias a la película de Steven Spielberg la ayuda que prestó Oskar Schindler a los judíos que trabajaban en sus fábricas, pero acciones como éstas han sido ampliamente documentadas, como las del encargado de negocios español en la embajada de Budapest, Ángel Sanz Briz. Otros casos similares son los de Raoul Wallender y Giorgio Perlasca. También ha sido elogiado el comportamiento de la población danesa que, en comparación con la de otros países, colaboró en la salvación de los judíos que eran sus conciudadanos.

En definitiva, lo que trataré de mostrar es una taxonomía de actos de participación y de altruismo, tarea que me parece previa y necesaria para elaborar juicios de responsabilidad.

2. TIPOS DE PARTICIPACIÓN

No cabe duda de que la participación en la persecución, en la humillación y muerte de millones de judíos no se puede reducir únicamente a las autoridades que dieron las órdenes para llevar a cabo la Solución Final, a los miembros de la SS, a los miembros de los *Einzatsgruppen,* etc. También hubo individuos que, sin estar obligados a realizar acciones conducentes a la muerte de los integrantes de los grupos señalados por los nazis, ni tampoco estar amenazados, colaboraron o ayudaron. Hay muchos casos de este tipo relatados por los historiadores. Como antes señalaba, la discusión acerca de la responsabilidad de los alemanes ha generado una discusión importante, cuestión que en los últimos años ha vuelto a renacer a raíz del libro de Daniel GOLDHAGEN, *Los verdugos voluntarios de Hitler*[3], en el que se sostiene la tesis de la responsabilidad general de los alemanes. Por otro lado, otros autores han tendido a diluir el diferente papel jugado en el Holocausto de los perpetradores y los testigos o espectadores. Yves TERNON parece suscribir esta tesis cuando señala:

> «Todos estuvieron implicados: los que sabían, los que veían, los que sospechaban, los que no querían saber, los que no sabían nada... El genocidio no es un espectáculo donde actores y espectadores son distintos»[4].

En este sentido, me parece necesario (como ya han hecho notar muchos historiadores) matizar tanto la atribución de GOLDHAGEN como la de TERNON, mostrando los distintos tipos de participación, pues la atribución global de responsabilidad de culpa (y de responsabilidad) lleva, como dice Hanna ARENDT, a la imposibilidad de juzgar. Por otro lado, creo que en esta empresa es bueno tener presente las palabras de Primo LEVI cuando señala la necesidad de evitar caer en la tentación de simplificar las responsabilidades, pues aquí como en otros ámbitos de la vida nos gustaría que hubiera

---

[3] GOLDHAGEN, D., 1998: *Los verdugos voluntarios de Hitler. Los alemanes corrientes y el Holocausto,* Madrid: Taurus. Un aspecto también importante del libro de GOLDHAGEN es acentuar un dato al que no siempre se le ha dado la relevancia merecida y es que el Holocausto no fue completamente un genocidio industrial llevado a cabo en cámaras de gas, sino que más de un millón y medio de personas murieron a mano de los *Einsatzgruppen.* Es decir, no todos los asesinatos fueron llevados a cabo por fanáticos pertenecientes a las SS, sino que hubo una importante participación de *alemanes corrientes* a través de los batallones policiales.

[4] TERNON, Y., 1995: *El Estado criminal. Los genocidios en el siglo XX,* Barcelona: Península. Trad. Rodrigo RIVERA, p. 174.

verdugos y víctimas, buenos y malos, para así poder escoger fácilmente. Pero no todos los casos pueden caer tan fácilmente en una categoría u otra.

Para proceder a esta tarea clarificadora de los distintos tipos de participación utilizaré tres criterios de relevancia en función de los cuales se podrían distinguir varios casos centrales de participación en el Holocausto[5]: 1) El conocimiento que tenían los sujetos de lo que estaba ocurriendo con los judíos. Para ser más preciso, si sabían las consecuencias de la Solución Final; 2) Su acción u omisión al respecto[6]; 3) Si actuaron motivados por la coacción o no. Parto de la base de que el Tercer Reich era un Estado criminal totalitario y la amenaza y la coacción estaban a la orden del día, y también señalaría que la presión de coacción podía ser distinta según los individuos o los colectivos[7]. Pero unos aceptaban el régimen nazi y otros obedecían las órdenes por temor al castigo (aunque quizá hubiera otros motivos: ansia de poder, imitación servil). Así pues, podríamos distinguir entre los aceptantes y lo no aceptantes.

En cualquier caso, mi propósito es presentar casos posibles de participación en el Holocausto, no necesariamente casos reales, aunque trataré de mostrar, hasta donde sea posible, ejemplos extraídos de la realidad histórica.

	Conocimiento	**Acción**	**Aceptantes**
1	+	+	+
2	+	+	–
3	+	–	+
4	+	–	–
5	–	+	+
6	–	+	–
7	–	–	+
8	–	–	–

[5] Como ocurre con cualquier clasificación, ésta puede ser criticada por su simplicidad en la catalogación de los hechos. Podría ser más explicativa si se incluyera una referencia a los múltiples grados de conocimiento, acción y voluntariedad que pudieron darse en los individuos que, de una u otra forma, colaboraron en la Solución Final.

[6] Es preciso señalar que en esta variable del cuadro los signos "+" y "–" indican que cuando con relación a la persecución y muerte de judíos, el agente actuó en la persecución o muerte de judíos cuando podía haberse abstenido, y se abstuvo (y de esa forma también causó un daño) cuando podía actuar. Por otro lado, y en referencia a las omisiones, sigo aquí la propuesta de G. H. VON WRIGHT para quien «un agente, en una ocasión dada, se abstiene de hacer una determinada cosa, si y sólo, *puede hacer esta cosa,* pero de hecho no la hace». Así, los alemanes omitieron o se abstuvieron de ayudar a los judíos que vivían en su país, pero no creo que se pudiera decir que los daneses omitieron ayudar a los judíos alemanes, dado que sería implausible afirmar que *podían ayudarlos.* VON WRIGHT, G. H., 1979: *Norma y acción. Una investigación lógica,* Madrid: Tecnos. Trad. P. GARCÍA FERRERO, pp. 61-62.

[7] Soy consciente de que según la definición que uno adopte de acción (u omisión) se incluirían los otros dos elementos. Así, por ejemplo, VON WRIGHT señala diferentes sentidos de *abstención* donde el sentido más fuerte incluye el conocimiento y la voluntariedad. VON WRIGHT, 1979: p. 62.

1. Los perpetradores absolutos

En este grupo se incluirían todos aquellos que participaron de forma directa con conocimiento de causa y con plena intencionalidad en el Holocausto. Desde los que dieron las órdenes para llevar a cabo la Solución Final hasta los ejecutores en los *Einzatsgruppen* o los campos de concentración, pasando por los cuadros intermedios que se ocupaban de trasladar las órdenes de los superiores a los ejecutores.

Por supuesto, habría que realizar una división más amplia y detenida según los grados de participación y de implicación en la acción final, pero tal cometido excede los propósitos de este trabajo.

2. Los perpetradores forzados: Chaïm Rumkowski y la "zona gris"

En esta segunda categoría se encuadrarían aquellos individuos que sabían que con sus acciones (u omisiones) colaboraban en la matanza de individuos, pero carecían de la convicción de llevarlas a cabo. Lo hacían por temor a la coacción. La falta de colaboración en las acciones que se les exigía hubiera supuesto para ellos o para su familia algún tipo de daño. Estaban en un dilema trágico y optaron por la colaboración. En ciertas ocasiones, alegaban que con su acción se producirían daños menores pues, si se negaban a colaborar, los nazis podrían colocar en tales puestos a otras personas con menos escrúpulos. Fue el caso de aquellos que se pueden ejemplificar en la figura de Chaïm Rumkowski, cuya colaboración como decano de los judíos de Lódz consistía en coordinar y elegir con la Oficina que dirigía Adolf Eichmann a los judíos que deberían ser deportados a los campos de concentración. Como es sabido, la actuación de estos consejos judíos fue duramente criticada por Hannah ARENDT[8].

Otros individuos que desempeñaron una tarea inefable fueron los judíos que trabajaban en los campos de concentración y cuyo cometido consistía en mantener el control de los *Lagers* o conducir a otros judíos a las cámaras de gas, engañarles diciendo que iban a las duchas o limpiar los crematorios. Primo LEVI se refirió a este colectivo como "la zona gris". El análisis de estos comportamientos muestra la dificultad de caracterizarlos. Estos individuos eran prisioneros y, sin duda, si no hubiera sido por las circunstancias impuestas por los nazis probablemente nunca hubieran realizado esas acciones. Pero estaban en una situación de dilema trágico[9]. Ocupar esas posi-

---

[8] «Y sabemos también cuáles eran los sentimientos que experimentaban los representantes judíos cuando se convertían en cómplices de las matanzas. Se creían capitanes *cuyos buques se hubieran hundido si ellos no hubiesen sido capaces de llevarlos a puerto seguro, gracias a lanzar por la borda la mayor parte de su preciosa* carga, *como salvadores que* con *el sacrificio de cien hombres salvan a mil, con el sacrificio de mil a diez mil*». ARENDT, H., 2003: *Eichmann en Jerusalen. Un estudio sobre la banalidad del mal,* Barcelona: Lumen. Trad. Carlos RIBALTA [1963], pp. 171 y ss. Véase también LEVI, P., 1986: *Los hundidos y los salvados,* Barcelona: Muchnik, pp. 54 y ss. Y BAUMAN, Z., 1997 [1989]: *Modernidad y Holocausto,* Madrid: Sequitur. Trad. Ana MENDOZA, pp. 153 y ss.

[9] «Los prisioneros de los *Lagers*... la gran mayoría de los casos, su comportamiento les ha sido férreamente impuesto: después de pocas semanas o meses, las privaciones a que fueron sometidos los han conducido a una situación de pura supervivencia, de lucha cotidiana contra el hambre, el frío, el cansancio, los golpes, en la cual el espacio de elección (y especialmente de elección moral) estaba reducido a la nada». LEVI, P., 1986: p. 43.

ciones en el *Lager* era su seguro de vida. Y por ello, para conservar sus privilegios y no caer en lado de las víctimas, colaboraron con los nazis.

3. Los aceptantes pasivos

En este grupo se encuentran los individuos que conocían la existencia de la Solución Final, pero no actuaron a pesar de que les parecía bien, eran los aceptantes del régimen y, en algunos casos, entusiastas.

Es muy factible que muchos alemanes observaran lo que ocurría con los judíos bajo el dominio nazi de forma alegre y festiva, como sucedió cuando aplaudieron cuando se arrancaba a los judíos de sus casas o cuando iban camino de los campos de concentración y pasaban por sus calles.

Otro caso donde pudo visualizarse este tipo de espectador entusiasta ocurrió en la ejecución de los hermanos Scholl. En 1943, los hermanos Scholl, unos estudiantes católicos antinazis, fueron ejecutados por distribuir panfletos subversivos en Munich. En la mañana de su ejecución, Sophie Scholl dijo: «¿Qué importa nuestra muerte si con lo que hemos hecho se revuelven y despiertan millares? Los estudiantes están destinados a rebelarse». Pero sus expectativas fueron completamente infundadas pues nada de lo que predijo ocurrió, sino más bien todo lo contrario, pues esa misma noche hubo una gigantesca manifestación en apoyo de las ejecuciones, con centenares de estudiantes que gritaban y aplaudían al bedel de la universidad, que había denunciado a Sophie Scholl y a su hermano[10].

4. Los espectadores

Los individuos que conocían lo que estaba ocurriendo en Alemania con los judíos pero que permanecieron pasivos, es decir, no intervinieron, pero que no eran aceptantes, constituyen lo que se ha venido en llamar los "espectadores" *(bystantders).* Su actitud ha sido descrita a través de muchos testimonios. Fue el grupo de individuos que se dio la vuelta para no ver los crímenes y así no verse afectado por ellos.

Uno de estos relatos es el de Inge Deutschkron, que en aquel tiempo era una niña judía que sobrevivió oculta en Berlín y que cuando fue adulta narró sus vivencias en aquellos tiempos de terror. Uno de los episodios que relató fue la reacción de los berlineses cuando en sus casas o en plena calle los judíos eran detenidos y llevados presos:

> «La gente se detenía en la calle, se hablaban unos a otros al oído y luego seguían rápidamente su camino, a la seguridad de sus hogares, donde espiaban por las ventanas con las cortinas corridas para ver qué sucedía»[11].

---

[10] STERN, J. P., 1984: *Hitler: the Führer and the People,* Londres, pp. 28-29, 520. Citado por GLOVER, J., 2001 [1999]: *Humanidad e inhumanidad. Una historia moral del siglo XX,* Madrid: Cátedra, p. 520.

[11] DEUTSCHKRON, I., 1989: *Outcast: A Jewish Girl in Wartime Berlin,* trad. Jean STEINBERG, Nueva York, pp. 151-152. Citado por GLOVER, J., 2001: p. 518.

No todos estos alemanes tuvieron la misma reacción de aquiescencia frente a la realidad de lo que estaba ocurriendo. Otros espectadores mostraron vergüenza ante la humillación que sufrían los judíos. HORWITZ cuenta los sentimientos de una alemana ante lo que ocurría:

> «Se les obliga a cavar sus propias tumbas —susurra la gente—. Se les quita la ropa, los zapatos, la camisa. Se les manda desnudos a la muerte. El horror es tan increíble que la imaginación se niega a aceptar su realidad. Algo no funciona. Simplemente se deja de extraer cierta conclusión [...] Esa indiferencia es lo único que hace posible seguir viviendo. Darse cuenta de estas cosas es amargo y vergonzoso» [12].

Esta actitud de los espectadores ha sido especialmente debatida, dado que fue una gran parte de la población alemana la que se comportó de esta manera: ¿Cómo pudo la ciudadanía alemana permanecer impasible con la destrucción de los que habían sido sus vecinos?

La responsabilidad de los alemanes pasivos, indiferentes o conformes con la suerte de los judíos ha sido destacada en el acontecer y éxito del Holocausto, pues a pesar de no haber actuado en la matanza, es muy probable que sin su pasividad tal desastre no hubiera ocurrido. Como ha señalado Ian KERSHAW:

> «es la indiferencia del pueblo alemán hacia el destino de los judíos... alimentada por el antisemitismo latente el que propició el clima en el que la espiral de la agresión nazi hacia los judíos tuvo lugar sin obstáculos» [13].

Aunque no quepa la menor duda de que la mayor parte de la responsabilidad del genocidio debe adscribirse a Hitler y sus secuaces, también parece fuera de toda duda que la matanza habría tenido pocas probabilidades de éxito sin la apatía o aquiescencia de los alemanes. Como señala KERSHAW:

> «El camino hacia Auschwitz fue construido por el odio, pero pavimentado por la indiferencia» [14].

5. El nazi ignorante

Es un caso muy poco probable: alguien que actuó en el genocidio, que aceptaba el régimen nazi, es decir, no lo hizo coaccionado, pero desconocía que con sus actos llevaba a la muerte a personas inocentes. Es posible, aunque improbable, un supuesto así: sería, por ejemplo, un nazi convencido que embarcara a los judíos en los vagones, pero que desconociera que su destino era Auschwitz, pero que si lo hubiera sabido, lo hubiera realizado igualmente.

---

[12] HORWITZ, *In the Shadow of Death,* pp. 132-134. Cit. por GLOVER, J., 2001: p. 518.

[13] KERSHAW, I., 1983: *Popular opinion and Political Dissent in the Third Reich,* Oxford, pp. 274, 277. Citado por GERAS, N., 1998: *The Contract of Mutual Indifference,* Londres: Verso, p. 17.

[14] KERSHAW, I., 1983: p. 364. Citado por GERAS, 1998: p. 17.

6.

Sería realmente muy extraño: el de alguien que colaborara forzadamente en la persecución, muerte o exterminio sin saberlo. Tal individuo, si hubiera llegado a conocer el sentido de sus actos, se hubiera encontrado en el dilema de ser un colaborador del estilo de Rumkowski o bien enfrentarse a la alternativa de la resistencia con todas las consecuencias que ello hubiera comportado.

7.

Éste sería el supuesto de nazi convencido que desconociera la realización de la Solución Final y que tampoco participara en ella. Quizá también hubo personas así, pero resulta extraño.

8. Los ignorantes antinazis

Muchos individuos alegaron que desconocían qué estaba ocurriendo durante los años de la persecución de los judíos. Quien haya visto la película *Vencedores o vencidos* recordará la escena en la que el juez norteamericano (Spencer Tracy) pregunta al matrimonio de sirvientes si conocían lo que ocurría con los judíos. La respuesta negativa no deja satisfecho al juez... y tampoco a los espectadores.

Aun así es posible que éste fuera el caso de algunos, pero resulta difícil creer que no supieran absolutamente nada. Basta recordar que los discursos de Hitler y sus secuaces en los que se mencionaba el futuro de los judíos eran públicos y bien conocidos por la población. También lo eran las leyes de Nuremberg y otras normas jurídicas mediante las cuales se fue privando progresivamente de derechos a los judíos. Los relatos de alemanes como I. Deutschkrom también avalan esta interpretación. No obstante, en 1942 todavía permanecían en Alemania más de 100.000 judíos, por lo que podría inferirse que hasta esa fecha aproximadamente la excusa del desconocimiento podría tener sentido. Pero a partir de 1942, cuando empezaron las deportaciones, ¿se podría aducir ignorancia? KERSHAW se refiere a esta actitud:

> «Muchos alemanes probablemente pensaron poco y preguntaron menos sobre lo que estaba sucediendo a los judíos en el Este»[15].

A muchos de estos alemanes es factible acusarles de *ceguera selectiva.* Por eso nos parece instructivo el autorreproche que se hace a sí misma en la película *El hundimiento* la secretaria de Hitler en los años del búnker:

> «No supe ver, pero debería haber sabido, y no hay disculpa en mi ceguera, ni había inocencia en mi desconocimiento».

Pasaré a continuación a examinar el grupo de los salvadores. De manera análoga a lo que sucedía con los perpetradores, también sería excesivamente simplificador afir-

---

[15] KERSHAW, I., 1983: pp. 364, 277. Citado por GERAS, 1998: p. 17.

mar que sólo hubo una categoría de salvadores. En realidad, hubo varias categorías y por ello, el juicio moral, en este caso laudatorio, deberá atender a las distintas propiedades que concurrieron en los actos de salvación.

3. LOS SALVADORES

Frente a los espectadores se alzan los salvadores, que se caracterizan por su actuación altruista. Las muestras de comportamientos altruistas registradas durante el Holocausto han sido numerosas, pero desgraciadamente fueron pocas en comparación con las actitudes de apoyo o aquiescencia a las políticas genocidas del régimen nazi. La acción de los rescatadores ha recibido elogios y agradecimientos diversos, como ocurre con la fundación Yad Vashem que honra a los gentiles que salvaron vidas de judíos.

Una de las preguntas que sugiere el Holocausto es por qué hubo tan pocos comportamientos altruistas cuando parece que el altruismo se constituye en un rasgo de la naturaleza humana [16]. Como señala H. L. A. HART, los seres humanos no somos ángeles, pero tampoco somos demonios, sino que nos situamos en un punto intermedio entre ambos extremos y en este sentido no somos completamente egoístas, sino que podemos tener interés en el bienestar de nuestros semejantes, aunque sea un interés limitado en extensión e intermitente en el tiempo [17].

Esta interpretación parece ser deudora de las ideas de HUME o de LOCKE, para quienes hay una obligación natural de preservar la vida de otras personas, pero ésta no es ilimitada, sino que hay ocasiones en que decae, como, por ejemplo, cuando su realización entra en conflicto con la preservación de uno mismo o cuando nuestras propias capacidades limitan nuestro ámbito de actuación. Sin duda alguna, estas dos limitaciones a la expresión de comportamientos altruistas se daban en la Alemania nazi: las amenazas de las autoridades nazis, por un lado, y la presión social, por otro, hacían difícil que surgieran acciones de ayuda a las víctimas del nazismo. Por ello mismo, resulta tan valioso que hubiera personas que se arriesgaran para salvar la vida de sus congéneres amenazados.

La definición estándar de altruismo de la cual puede partir el análisis es la siguiente: «la disposición a actuar en consideración de los intereses de otras personas, sin que sea necesario que haya otros motivos» [18]. Pero esta definición no parece ser suficiente

---

[16] Pero ésta no es una presuposición aceptada unánimemente. Defensores de una interpretación del comportamiento humano en términos de cálculo racional sostienen que, en realidad, el comportamiento altruista puede ser comprendido en términos de promoción del autointerés. Ver BAYÓN, J. C., 1991: *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 66-67. En cualquier caso, no entraré en esta discusión.

[17] HART, H. L. A., 1963 [1961]: *El concepto de Derecho,* Buenos Aires: Abeledo Perrot. Trad. G. CARRIÓ, p. 242.

[18] NAGEL, T., 1978: *The Possibility of Altruism,* New Jersey-Oxford: Princeton UP, p. 79. Otra definición es la de KAPUR: «un acto completamente altruista es un acto motivado primariamente por una percepción de los intereses de otros intereses, donde tal motivación implica: 1) el deseo de realizar el bien de otra persona, y no simplemente el ser visto como agente de un acto altruista; 2) el deseo de realizar tal acto como un fin en sí mismo». KAPUR BADHWAR, N., 1993: »Altruism versus Self-Interest: Sometimes a False Dichotomy», en FRANKEL PAUL, E.; MILLER, F., y PAUL, J., *Altruism;* Cambridge-New York-Melbourne: Cambridge

para analizar el distinto valor de los individuos que en un grado mayor o menor ayudaron a las víctimas de la persecución nazi. Por ejemplo, es altruista tanto la acción de salvar la vida de judíos poniendo en peligro la propia vida como la relatada por Oliner del frutero que seguía vendiendo fruta a la familia Deutschkron [19]. Sin negar valor a esta última acción, no parece tener la misma entidad que la primera. Por esta razón, me parece que es razonable atender a otras propiedades que debieran ser tenidas en cuenta para comprender y evaluar en términos más precisos los distintos comportamientos que se califican habitualmente de altruistas y de esa forma afinar mejor el juicio y valoración moral de tales comportamientos.

En primer lugar, aunque parece haber un acuerdo en señalar que el altruismo exige sólo una disposición o una acción, parece que es relevante en el momento de su evaluación moral tener en cuenta su carácter exitoso (al menos tenerlo en cuenta en un cierto grado) [20].

En segundo lugar, la motivación de la acción altruista debe ser el procurar el bien de otra persona en sí misma. Sin embargo, hay autores que piensan que probablemente no haya que ser tan exigente y que quizá no se deba excluir que concurra alguna motivación adicional. Ésta es la idea de SCHMIDTZ: se puede actuar por diversos motivos; por ejemplo, Robin Hood puede llevar a cabo una acción para ayudar a los pobres, hacerse bien a sí mismo y dañar a los ricos. Su acción es, a la vez, altruista, autointeresada y quizá inmoral [21].

En tercer lugar, otro aspecto al que parece justificado prestar atención a la hora de determinar el valor de una acción altruista es que haya algún tipo de sacrificio por parte de la persona que lo realiza, ya sea en bienes materiales, tiempo, etc. Aunque toda acción conlleva algún tipo de coste, parece que la acción altruista implica algún sacrificio, una pérdida de algún tipo para el agente que la realiza.

Atendiendo a las propiedades examinadas también es posible realizar un cuadro similar al llevado a cabo con la participación en el Holocausto. Señalaré que en la primera variable hago referencia a las acciones cuya motivación es pura, lo cual conlleva que se le asigne el símbolo "+". En cambio, el sentido del símbolo "–" hace referencia a la existencia de una motivación mixta, tal y como expliqué anteriormente.

Los casos 1-4 son los casos donde hay una motivación altruista pura, donde sólo hay un interés por realizar una acción en bien de otra persona atendiendo única y exclusivamente a sus intereses. Los casos 5-8 son aquellos donde intervienen conjuntamente varias motivaciones, siendo una de ellas atender a los intereses de otras personas, pero sin excluir que haya otras motivaciones.

UP, p. 110. La vaguedad de los términos utilizados en la definición es manifiesta y constituye un problema recurrente en la determinación de los comportamientos altruistas. Dista mucho de estar claro cuánto interés debemos mostrar para calificar a una acción de altruista. Es habitual referirse a los rescatadores de judíos en el Holocausto como individuos altruistas, pero quizá podría afirmarse que muchos de ellos fueron más allá del altruismo limitado humeano o lockeano. FREEMAN, M., 2003: p. 145.

[19] Cit. por GLOVER, J., 2001: p. 518.

[20] Presupongo que una teoría moral debe tomar en consideración las consecuencias de las acciones, aunque éste no sea el único elemento a tomar en consideración.

[21] SCHMIDTZ, D., «Reasons for Altruism», en FRANKEL PAUL, E.; MILLER, F., y PAUL, J., 1993: p. 60, nota al pie, n. 4.

	Motivación pura	**Éxito**	**Sacrificio**
1	+	+	+
2	+	+	–
3	+	–	+
4	+	–	–
5	–	+	+
6	–	+	–
7	–	–	+
8	–	–	–

Los casos que me parece quedan claramente fuera de cualquier definición de altruismo son aquellos en los que los simpatizantes nazis al finalizar la guerra ayudaron a menudo a los judíos como un seguro contra la derrota nazi. ¿Cómo juzgar estas conductas que resultaron positivas para las víctimas? Aunque los resultados fueron beneficiosos para las víctimas, la motivación era espuria, sin que hubiera un interés mínimamente altruista por los judíos a los que ayudaban.

1. Los altruistas puros: los santos o héroes

Los casos de salvadores durante el Holocausto han sido registrados y analizados profusamente. Aquí nos encontramos casos como el de Le Chambon, un pequeño pueblo francés donde, bajo la dominación del régimen de Vichy, la mayor parte de la población colaboró en la salvación de judíos. En esta tarea el pueblo estaba encabezado por el pastor protestante, quien ante la requisitoria de los autoridades francesas colaboracionistas respondió que no estaba dispuesto a entregar a los judíos, pues para él: «Nosotros no sabemos qué es un judío, sólo conocemos hombres»[22].

2. Casos en los que hubo motivación pura y éxito pero no sacrificio: altruismo sin costes

Dado que la ayuda a los judíos estaba perseguida y castigada, parece difícil encontrar casos en los que la prestación de ayuda estuviera exenta de sacrificio. Quizá los únicos casos pudieron darse entre individuos que estuvieran colocados en puestos altos dentro de la jerarquía de poder y que, por ello, el riesgo, peligro o sacrificio por tales comportamientos altruistas fuese nulo o reducido. Ahora bien, tal posibilidad es bastante improbable dado que normalmente en esas instancias de poder se encontraban los nazis más conspicuos, y por ello, menos proclives a ayudar a los judíos. Pero

[22] GLOVER, J., 2001: p. 526.

tampoco se puede descartar que en algunos nazis hubiera lo que GLOVER denomina "irrupciones de humanidad".

3. Casos en los que hay motivación, sacrificio pero no éxito: altruismo inútil

Un caso real que quizá pudiera entrar en esta categoría es el de Samuel Artur Zygelbojm, que trabajó en el primer Consejo judío del gueto de Varsovia. Pudo escapar y colaborar con el gobierno polaco en el exilio. Pero cuando se enteró de las muertes de los judíos que resistieron en el gueto de Varsovia en el año 1943 (entre los que se encontraban su mujer y su hijo), se suicidó para poner fin a sus sufrimientos y a la vez protestar por la indiferencia mundial ante los judíos. En su última carta dejó escrito que su suicidio era un acto de protesta «contra la apatía con la que el mundo contempla y se resigna ante la matanza de los judíos»[23].

Su suicidio puede ser interpretado como un sacrificio con el propósito de ayudar a sus semejantes, pero que fue en vano.

4. Casos en los que hay motivación pura pero no éxito ni sacrificio

Al igual que en el caso anterior, ésta es una situación poco probable, pero no imposible. Quizá un caso que pudiera entrar en esta categoría es el del químico Kurt Gerstein[24], oficial alemán de las SS encargado de fabricar el gas Ziklon B para los campos de concentración. En un principio Gerstein pensaba que el gas se utilizaría para desinfectar barracones, hasta que un día descubrió el verdadero uso que se le daba. Horrorizado y animado por su honda conciencia cristiana intentó comunicar su descubrimiento a sus más íntimos amigos de su comunidad religiosa. Algunos le sugirieron que dimitiera, pero él decidió seguir y así poder ofrecer pruebas documentales del exterminio. Tal intento constituyó un fracaso. Gerstein permaneció en las SS hasta el final de la guerra, siendo capturado por tropas francesas. Fue trasladado a la prisión militar de Cherche-Midi, donde 20 días después fue encontrado muerto.

Dadas las convicciones religiosas de Gerstein se puede pensar que tenía una motivación altruista pura, pero sus actos (en principio, exentos de sacrificio) fueron un fracaso y no pudo detener el Holocausto y ni siquiera salvar vidas. No es extraño que en el juicio celebrado *post mortem* al finalizar la guerra, el Tribunal de Tubinga condenara a Gerstein. Aunque los jueces reconocieron que Gerstein había llevado a cabo actos de resistencia, la sentencia destacó la inutilidad de sus esfuerzos. Fue condenado, como señala FRIEDLANDER, por no haber actuado como la mayoría de los "buenos"

---

[23] WEBER, L. (ed.), 2002: *Crónica del Holocausto,* Madrid: Libsa, p. 425.

[24] Véase FRIEDLANDER, S., 1974: *Counterfeit nazi. The Ambiguity of Good;* London: Weidenfeld and Nicholson. Su historia ha sido llevada al cine por Costa-Gavras en la película *Amen.* Véase también http://www.auschwitz.dk/sobibor/kurtgerstein.htm. El comportamiento de Gerstein fue progresivamente más arriesgado, por lo que sus últimas acciones, como por ejemplo destruir un cargamento de Zyklon B, llevarían a incorporarlo a otra categoría, la n.º 4.

alemanes y esperó tranquilamente hasta que los judíos murieran. Sin embargo, la ambigüedad del comportamiento de Gerstein no pasó inadvertida al Premier del Estado Federado de Baden-Württemberg, que estableció su rehabilitación, justificada, en su opinión, en que Gerstein «resistió al despotismo Nacional Socialista con todas sus fuerzas y sufrió consecuencias desventajosas». Ejemplos como el de Kurt Gerstein sacan a la luz un dilema en el que pudieron encontrarse muchos alemanes bajo el nazismo, y es que cualquier tipo de oposición al régimen debía ser llevado a cabo dentro del propio sistema, sólo así podía tenerse alguna esperanza de éxito. Pero tal acomodación no deja de generar perplejidad. Su caso es muestra, como señala FRIEDLANDER, de que bajo condiciones trágicas es difícil distinguir el bien del mal: «[en] el totalitarismo lo correcto se distingue difícilmente de lo incorrecto, el bien del mal, al resistente del ejecutor»[25].

Por ello vale la pena citar las palabras con las que S. FRIEDLANDER finaliza su biografía con estas palabras:

> «Mucho de la tragedia de Gerstein reside en su soledad. El silencio y la pasividad de los alemanes, la ausencia de alguna reacción notable entre los aliados y los neutrales, en el Occidente cristiano en general, frente a la exterminación de los judíos, otorga al papel de Gerstein su verdadero significado: sus llamadas no obtuvieron ninguna respuesta y su dedicación sólo demostró un compromiso solitario, su sacrificio apareció *inútil* y se convirtió en *culpable*»[26].

5. Casos en los que hay una motivación mixta, éxito y sacrificio: ¿Schindler?

La tarea salvadora de Oskar Schindler ha sido novelada y llevada al cine de forma que es mundialmente conocida. Es sabido que era el dueño de varias empresas en la Cracovia nazi y que utilizó sus contactos con las autoridades nazis para conseguir mano de obra judía que obtenía del gueto de Cracovia y del campo de concentración de Plaszow. En unos anejos a la fábrica alojó a unos 900 judíos. Posteriormente sumó unos 100 judíos más provenientes del campo de Goleszow.

La actuación de Schindler no es fácil de caracterizar. Parece que realmente tenía una consideración humana hacia los judíos, actitud fuertemente apoyada por su esposa, Emile. Y no cabe duda de que corrió riesgos, sobre todo cuando tenía que negociar con nazis como Amon Goeth, el demoníaco comandante del campo de concentración de Plaszow. Pero también parece que en su actuación había una motivación autointeresada: se aprovechó de la mano de obra casi gratis que constituían los judíos. Basta para resumir su personalidad las palabras de su esposa cuando se le preguntó después del estreno de la película si su marido había sido un santo o un demonio, a lo cual respondió «un santo del demonio»[27].

---

[25] FRIEDLANDER, S., 1974: p. 227.

[26] FRIEDLANDER, S., 1974: p. 228.

[27] Sobre la película y el propio personaje véase GARCÍA AMADO, J. A., 2003: *La lista de Schindler,* Valencia, Tirant lo Blanc.

6. Casos en los que hay motivación mixta y éxito, pero no sacrificio

Era más factible que se dieran supuestos de salvación de judíos por razones autointeresadas (o de otro tipo) en combinación con un interés por su bienestar. Hubo alemanes para los que estos actos de salvación no comportaron sacrificio. Era una acción moral fácil, sin apenas costes para el agente.

Según cuenta Hermann Goering en una de las entrevistas que se le efectuaron durante el transcurso de los juicios de Nuremberg, su intercesión sirvió para salvar a uno de los directores de orquesta judío que trabajaba en uno de los teatros bajo su dirección. Dado su inmenso poder en el régimen nazi, su acción salvadora podía tener éxito fácilmente y sin ningún sacrificio o coste personal. Parece ser que Goering no era un antisemita radical como Himmler o Goebbels. Y ésta fue una de las razones que pudieron haber influido en esa actuación, aunque no cabe excluir que también interviniera un deseo de expresar su autoridad frente a la figura emergente de Himmler[28].

7. Casos en los que hay motivación mixta, fracaso y sacrificio

El caso de Alfred Rossner es parecido al de O. Schindler. Antes de comenzar la guerra era un empleado de una fábrica dirigida por un judío. Cuando empezó la guerra fue enviado a Polonia, donde dirigía algunas empresas, y allí tenía como empleado a su ex jefe. Como muchos alemanes, tenía una actitud ambigua. Por un lado, como empresario estaba interesado en que las fábricas produjeran al máximo posible, pero también es cierto que tenía una consideración humanitaria hacia los judíos. Y parece ser que los trataba con respeto y, en todo momento, trató de ayudarles pasándoles comida y otros bienes necesarios para su subsistencia. Pero finalmente no sólo no pudo evitar que fueran trasladados a Auschwitz, sino que él mismo fue acusado de colaboracionista y ejecutado. En resumen, su caso puede ser ejemplo de aquellos comportamientos con una motivación mixta, sacrificio, pero sin éxito en su búsqueda de la salvación de las víctimas.

8. Casos en los que sólo hay motivación mixta, pero sin éxito ni sacrificio

Un caso curioso es el que relata Joachim Fest y que recoge Zygmunt BAUMANN[29] para explicar uno de los ejemplos de *irrupción de humanidad* que en ocasiones tenían los nazis más conspicuos, incluso los miembros de las SS. Durante 1943, cuando la maquinaria de aniquilación de judíos estaba ya en marcha, Himmler se quejaba ante sus subordinados de que incluso los más fervientes SS y miembros del partido tuvieran a *sus judíos,* a los que pretendían proteger y salvar del destino aniquilador. Solían ser judíos que trabajaban para ellos, conocidos o familiares. Frente a estas reclamaciones altruistas que normalmente no suponían ningún sacrificio o riesgo, la respuesta de Himmler no deja duda de que no fueron bien recibidas:

---

[28] GOLDESOHN, L., 2004: *Las entrevistas de Nuremberg,* Madrid, Taurus, p. 157.
[29] BAUMAN, Z., 1997: pp. 244-245.

> «hay que exterminar al pueblo judío, dicen todos los miembros del partido. Está claro, es parte de nuestro programa la eliminación de los judíos, su exterminio; bien, lo haremos. Y luego, se presentan todos, los ochenta millones de buenos alemanes, y cada uno de ellos tiene a su judío decente. Por supuesto, todos los demás son unos cochinos, pero éste es un judío de primera clase».

Es decir, de las palabras de Himmler podemos inferir que hubo alemanes, especialmente los que estaban bien situados, que tuvieron arrojo suficiente para pedir la salvación de "su judío", pero es más que probable que la motivación que los guiara no fuera pura, sino mixta, y que junto al deseo de salvar su vida, no sería extraño que hubiera otros componentes, como mantener a una persona subordinada, beneficiarse del favor prestado o buscar un aval para un futuro incierto.

En definitiva, en este trabajo he partido de los análisis más recurrentes acerca de la atribución de responsabilidad de los alemanes en el Holocausto. Autores como GOLDHAGEN han imputado la culpa a la población alemana en su conjunto, mientras que otros diluyen la diferencia entre perpetradores y meros espectadores. Ambas tesis me parecen demasiado simplificadoras y reduccionistas de la vasta realidad de actores y espectadores que tuvieron un grado de participación en el Holocausto. Para dar un poco de luz en esta taxonomía, he introducido tres propiedades que me parecían relevantes para elaborar esa clasificación: 1) el conocimiento que tenían los sujetos de lo que estaba ocurriendo con los judíos; 2) su acción u omisión al respecto; 3) si eran o no aceptantes del régimen nazi. Con la clasificación resultante se daría lugar a seis categorías centrales de participación, de forma que la teoría moral está en mejor situación para evaluar las acciones de los distintos actores del Holocausto.

El mismo procedimiento he seguido con los "salvadores". No en la misma medida de generalización que en el caso de los participantes, pero también aquí hay un cierto grado de simplificación, pues se habla de los actos altruistas de los salvadores, cuando me parece que sería clarificador introducir variables que nos permitan tener una visión más precisa de los distintos actos altruistas. Con este objetivo introduje: 1) la existencia de una motivación puramente humanitaria o de una motivación mixta, 2) el carácter exitoso o no de la acción altruista, 3) la existencia o no de un sacrificio. Con esto tenemos un panorama de ocho tipos de actuación altruista, que permiten afinar el juicio moral respecto de ellos.

Para finalizar, quisiera señalar que con tal clasificación sólo he tratado de aportar una herramienta analítica para el posterior juicio moral. Ahora bien, la evaluación moral de esta taxonomía no será necesariamente homogénea, sino que dependerá de la concepción moral que uno adopte, pues, por ejemplo, un utilitarista enfatizará unas propiedades (por ejemplo, en el análisis de los comportamientos altruistas tenderá a promover aquellos que sean exitosos), mientras que un deontologista valorará principalmente la motivación del agente. Pero este análisis constituirá el objeto de otro trabajo.

LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS ECONÓMICOS Y SOCIALES Y LOS LÍMITES DE LA INTERVENCIÓN JUDICIAL

Osvaldo Guariglia

Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (Buenos Aires)

RESUMEN. La cuestión de la implementación de los derechos humanos, especialmente los económicos y sociales, se ha convertido en uno de los puntos más controvertidos de la filosofía política y jurídica actual. La creación de la Corte Penal Internacional puso de manifiesto el status especial de los derechos humanos civiles y políticos que se sitúan por encima de las soberanías nacionales. Los derechos económicos y sociales, sin embargo, están lejos de haber alcanzado una situación similar. En el presente trabajo discutiré la tradicional distinción entre derechos negativos y positivos, el papel del estado en general y de los jueces en especial en el resguardo de ambos tipos de derechos y mostraré las correlaciones que existen entre ambos tipos de derechos. Analizaré, por último, de qué modo es factible que los jueces defiendan la validez y vigencia de los derechos humanos económicos y sociales cuando los otros poderes, ejecutivo y legislativo, no ofrecen una efectiva implementación de aquellos. Esta intervención del poder judicial es usualmente considerada una indebida intromisión de los jueces en la arena democrática, sin tener tras de sí el respaldo de haber sido elegidos por la ciudadanía. Intentaré responder a esta objeción.

Palabras clave: Derechos humanos económicos y sociales, protección estatal y judicial.

ABSTRACT. The issue of human rights implementation, especially that of economic and social human rights, has become one of the most controversial subjects in current legal and political philosophy. The establishment of the International Criminal Court revealed the special status of civil and political human rights as standing above national sovereignties. Economic and social rights, however, are far from reaching a similar position. In this paper I will discuss the traditional distinction between negative and positive rights, as well as the role of the state in general and that of the judiciary in particular in the protection of both kinds of rights; and I will show the correlations between both types of rights. Lastly, I will analyse in which way it is feasible that judges defend the validity and efficacy of social and economic rights when the other branches of government, the executive and the legislative, do not offer an effective implementation of them. This intervention of the judiciary is usually seen as an inappropriate interfering of judges in the democratic arena, without the backing of having been elected by the citizenry. I will try to answer to this objection.

Keywords: social and economic human rights, state and judicial protection.

§1.

Las relaciones entre moral y derecho son tan estrechas como controvertidas desde antiguo. Tanto los intentos de unificar ambos campos distintos en uno y el mismo, provenientes de visiones metafísicas, religiosas o ideológicas del mundo, como los antagónicos de cortar drásticamente todo lazo entre ambos, usualmente a cargo de corrientes positivistas extremas, se han demostrado incapaces de obtener una aprobación amplia de juristas y filósofos. Parece indudable que, tratándose de dos disciplinas normativas referidas a la conducta personal y social, la moral y el derecho necesariamente tendrán que tener varios puntos de contacto en los rasgos que los caracterizan. Por comenzar, los juicios de ambos son enunciados en la misma clase de lenguaje, el *prescriptivo;* luego, ambos se refieren a las acciones humanas y comparten ambos, por último, una misma modalidad, la *deóntica.* ¿Qué es, pues, lo que los distingue? Podemos aceptar por el momento la caracterización que propone KANT, a saber: lo que diferencia al derecho es «la facultad de coaccionar a quien lo viola», de modo tal que la misma razón que impone al agente la obligación de actuar según una ley universal, lo exime de la exigencia interior de hacerlo por una elección moral propia (*MS,* Ak. VI, 231). KANT parte de varios supuestos que no es necesario compartir para aceptar la distinción que propone salvo uno: que tanto la moral como el derecho están fundados en razones, por lo cual las tareas de cada una de estas disciplinas son entre sí complementarias. Compartir este supuesto sigue siendo uno de los rasgos distintivos del pensamiento filosófico, tanto moral como jurídico y político, que se asume a sí mismo dentro de la corriente inaugurada por el gran ilustrado.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 ha introducido un nuevo punto de contacto pero también de roce entre moral y derecho, que a su vez ha puesto en marcha una discusión aún en curso sobre la especificidad, la validez universal y la implementación de esos proclamados derechos. Al ser considerados derechos *morales,* ¿debe admitirse por ello que se trata de derechos anteriores a toda inclusión de los mismos en una constitución histórica o en tratados internacionales y, en consecuencia, de «derechos que la sociedad civil no *acuerda sino que reconoce y sanciona como universalmente válidos*» (MARITAIN, 1953: p. 89, véase también FINNIS, 1980: pp. 198 y ss.)? ¿O, al contrario, se trata desde un comienzo de derechos exclusivamente *jurídicos* que el constituyente incorpora como *derechos subjetivos fundamentales* dentro de una democracia cuyos procedimientos institucionales deben ser regulados por aquellos para ser considerados *legítimos* (HABERMAS, 2002: p. 201)? Sin duda, entre las dos posiciones opuestas que he presentado a modo de hitos orientadores existen intentos de tender un puente entre ambas concepciones, sobre todo porque hay buenas razones para sostener tanto la una como la otra. En efecto, como argumentaba NINO, el carácter de derechos morales, externos a toda legislación positiva, aparece claro allí donde los derechos básicos no son ni respetados ni reconocidos (NINO, 1989: p. 48, n. 37). La cuestión se ha hecho aún más controvertida y acuciante a partir de la publicación del libro de John RAWLS, *The Law of Peoples* (1999), que provocó una polémica todavía en curso sobre el alcance y la validez de los derechos humanos en el campo internacional. En discusión no hay una sino dos alternativas en juego que tienen que ver con los derechos humanos en su conjunto: I) ¿Son los derechos humanos proclamados en la Declaración Universal y ratificados luego por sendas Convenciones sólo la expresión de pricipios éticos propios de un estado

democrático liberal o son efectivamente derechos *universales* que pertenecen a todos los individuos del planeta, independientemente de la sociedad, la cultura y el régimen político en que vivan? Y II) ¿Tienen los derechos civiles y políticos, que aseguran las libertades básicas de los individuos y sus derechos de asociación y participación política, el mismo nivel que los derechos económicos y sociales que no solamente protegen la actividad privada de los miembros de una sociedad civil sino que también les confieren ciertos derechos básicos de subsistencia, salud y seguridad social?

El tema que me propongo tratar atraviesa todas esas cuestiones, las que sería imposible exponer aquí en detalle, de modo que me limitaré a presentar una tesis general sobre los puntos más controvertidos para discutir luego con mayor detalle la cuestión central que me ocupa: si la intervención de los jueces en la salvaguarda de los derechos humanos económicos y sociales es una injustificada intromisión de un poder aristocrático en la esfera propia de los poderes democráticamente elegidos o es, en cambio, una irrenunciable función que les cabe en resguardo de las reglas básicas de un sistema democrático.

§ 2. Adoptaré, en primer término, una distinción que RAWLS ha propuesto al precisar el rol que desempeñan los derechos humanos en la *teoría ideal* del derecho internacional. Como es sabido, RAWLS distingue una subclase de derechos humanos, los comprendidos por los arts. 3 al 18 de la Declaración, de todos los demás, considerándolos un núcleo básico que funciona como un criterio universal para todos los pueblos: «su fuerza política (moral) se extiende a todas las sociedades y son obligatorios para todos los pueblos y sociedades, incluidos los estados fuera de la ley» (RAWLS, 1999: 80). Las sociedades no liberales que respetan este núcleo básico, aun cuando ellas posean y ejerzan una única idea comprensiva de la buena vida y tengan una organización política jerárquica limitada con un sistema sólo "decente" de consulta, deben ser consideradas miembros *legítimos* de la Sociedad de los Pueblos y deben ser excluidos de toda intervención externa fundada en su carencia de respeto por algunos de los derechos humanos propios de una sociedad democrática (véase la discusión de BEITZ, 2001: pp. 274 y ss.). Es evidente que, de esta manera, los derechos humanos dejan de ser un conjunto de principios provinciales de las democracias liberales y pasan a ser principios universales efectivos sin tener que apelar para ello a interpretaciones hermenéuticas forzadas de tradiciones religiosas densas a fin de extraer de éstas por vía analógica algunos principios sustantivos más o menos similares a aquellos contenidos en los derechos humanos propiamente dichos (contra WALZER, 1994, *passim*). Al mismo tiempo, es también palmario que los derechos humanos como tales *no* tienen el mismo rol *ni* el mismo sentido en las democracias liberales que en las sociedades jerárquicas decentes. Para estas últimas, en efecto, son estándares de evaluación impuestos desde fuera del propio sistema cultural, jurídico y político a guisa de criterios morales a los que estos puebls debieron adaptar sus anteriores usos y costumbres, sin perjuicio de que este *ethos* tradicional pudiera admitir con mayor o menor dificultad tal adaptación (véase la esclarecedora discusión de COHEN, 2004: pp. 190-213). Mediante los pactos y convenios internacionales, los regímenes políticos jerárquicos que se incorporan a la Sociedad de los Pueblos admiten una restricción de su soberanía política y una mayor laxitud de sus concepciones religiosas y culturales fundadas en el monopolio del espacio público para dar cabida, dentro de ciertos límites, a otras formas minoritarias de culto, y a una cierta igualdad de todos sus súbditos ante la ley. Estas

concesiones a los principios morales universales contenidos en los derechos humanos dan prueba de la buena voluntad de los pueblos jerárquicos decentes en su concepción religiosa o metafísica del bien común en el ámbito doméstico y del respeto por los demás seres humanos como tales en el ámbito internacional, con lo que ponen de manifiesto su vocación pacifista, pero al mismo tiempo demuestran que sus concepciones políticas públicas están muy distantes de la concepción democrática y liberal de justicia.

Para una democracia constitucional, en cambio, los derechos humanos son intrínsecos al régimen, fueron proclamados conjuntamente con las reglas básicas de funcionamiento del sistema y desempeñan un rol fundamental en la marcha sin obstáculos de éste. En efecto, todo régimen republicano y democrático está cimentado en dos principios básicos de justicia que establecen la igualdad y la libertad de todos los ciudadanos como partícipes e integrantes de una misma sociedad política. Dado que son reglas constitutivas del régimen democrático, tales principios no pueden ser considerados anteriores y externos al régimen mismo sino que establecen las condiciones sine qua non de relaciones simétricas y recíprocas entre sus ciudadanos que son definitorias de una democracia (véase HABERMAS, 1997: pp. 223-225; 277 y ss.). Los artículos que van del primero al vigésimo primero de la Declaración Universal de los DDHH incluyen el conjunto de derechos fundamentales que están contenidos en todas las constituciones democráticas desde fines del siglo XVIII en adelante. Se trata, por cierto, de los ahora conocidos como *derechos civiles y políticos* que enuncian todos aquellos *derechos negativos* de los cuales goza cada ciudadano como simple partícipe del régimen constitucional. En su conjunto le garantizan no solamente la protección de su vida sino también el ejercicio de su libertad de pensamiento, de culto, de expresión, de asociación no sólo a fin de ejercer una profesión o comercio lícito sino también de ejercer el derecho a participar en los cargos y oficios públicos sin sufrir discriminaciones por religión, sexo, raza o clase social.

Ahora bien, desde el artículo vigésimo segundo al artículo vigésimo octavo la Declaración incluye otros derechos, los así llamados *derechos económicos y sociales,* que se fueron incorporando a las constituciones liberales a lo largo del siglo XX y que son considerados *derechos positivos,* cuyo estatus filosófico y jurídico está fuertemente controvertido por una corriente filosófica *libertaria* que niega su naturaleza de derechos, frente a otra corriente, *liberal igualitaria,* que sostiene enfáticamente su carácter de derechos tan legítimos como los primeros. Pese a que estos derechos de *segunda generación,* como también se los conoce, fueron ratificados igualmente por una Convención especial en diciembre de 1966, continúan sin ser efectivamente implementados en la mayoría de los países en desarrollo —para no hablar de los países pobres— y están siendo frontalmente atacados por los gobiernos neo-conservadores de los países desarrollados. A fin de precisar los términos de la argumentación, señalaré antes de seguir avanzando algunos de los puntos críticos que hacen de los derechos humanos económicos y sociales un blanco preferido tanto de ataques devastadores como de pretextos excusadores de su incumplimiento.

§ 3. En primer lugar es necesario señalar un aspecto en la distinción entre *deberes negativos y positivos* que, si bien ha sido reiteradamente señalada, no es siempre tenida debidamente en cuenta. Me refiero al hecho de que, en tanto obligaciones, ambas especies de deberes tienen la misma fuerza coercitiva. La diferencia entre éstas

se basa, más bien, en el contenido material de la obligación: en el primer caso describe con precisión una especie de acciones que el agente está obligado a evitar, sin que pueda haber gradaciones en el cumplimiento de la obligación, ya que se trata de dejar solamente que continúe la misma situación de los otros agentes anterior a la omisión. En el caso de las obligaciones positivas, en cambio, el contenido de la obligación está constituido por un fin distinto al transcurso natural del estado de cosas previo a la acción, fin, por tanto, que sólo puede ser vagamente indicado, ya que tanto su ejecución como su resultado estarán condicionados en cada caso por las peculiaridades de la situación. Una característica adicional de esta división la constituye el alcance de cada tipo de deber: mientras que los negativos son casi exclusivamente deberes *generales,* los positivos son casi exclusivamente deberes *especiales,* lo que implica que es necesario que el sujeto de estos últimos satisfaga algún requisito previo (para una discusión más extensa remito a GUARIGLIA, 2002: pp. 123 y ss.).

Dejando de lado, pues, este aspecto, es necesario establecer que no hay una correlación estricta entre derechos y deberes del mismo signo, como sostiene el libertarismo. En efecto, los derechos negativos tienen como correlatos no solamente deberes negativos generales, en el sentido de que todos estamos obligados a respetar la vida y la integridad de las demás personas, sino también deberes *positivos especiales,* que afectan a los funcionarios y dirigentes gubernamentales, quienes tienen la obligación de prever y llevar a cabo todas las medidas necesarias de prevención y de represión de las lesiones que puedan cometerse o se cometan contra el derecho negativo de los sujetos titulares del mismo. Ahora bien, la existencia del reclamo por la seguridad e integridad de las personas proviene originalmente de un derecho negativo general, que está sin duda estrictamente correlacionado con un deber negativo perfecto también de carácter general, al que se agrega el deber positivo especial de los funcionarios públicos y de los jueces encargados de velar por la seguridad e integridad de las personas. El *derecho positivo* a que se resguarde mediante los poderes públicos la seguridad e integridad de la vida de los ciudadanos constituye, en consecuencia, un derecho positivo complementario y derivado del derecho negativo general, que es el que originalmente fundamenta el reclamo. En conclusión, si bien la distinción metódica entre derechos negativos y positivos debe ser asumida como conceptualmente fundada, el entretejido de derechos tanto negativos como positivos entre sí demuestra que en la implementación de los derechos, éstos se combinan para asegurar la efectiva protección de sus titulares, de modo que no es posible satisfacer los unos, en este caso los negativos, sin reconocer simultáneamente la existencia de otros, en este caso, los derechos positivos de protección de la seguridad de cada cual (cp. SHUE, 1996: pp. 37-40, GEWIRTH, 1996: pp. 34-38).

§ 4. Consideremos ahora los derechos positivos originales, es decir, basados en un reclamo del sujeto de derecho, cuyo fin es la satisfacción de una necesidad básica. *Prima facie* se presentan dos serios interrogantes para la adecuada comprensión de estos derechos y, por consiguiente, su posterior implementación: determinar quiénes son los directamente afectados, tanto *(a)* en lo que concierne a los requisitos para ser sujetos beneficiarios de ese derecho como *(b)* en lo que concierne a los parámetros mediante los que se debe definir quiénes habrán de asumir la carga de la obligación.

La primera cuestión, esto es, *(a)* quiénes son los afectados en su calidad de sujetos de derechos positivos, puede resolverse en general respondiendo que, potencial-

mente, lo son *todos los miembros* de una misma sociedad, sea por poseer el derecho de ciudadanía dentro del estado correspondiente, sea por ser un residente extranjero legalmente admitido en éste. Ahora bien, dada la limitación de los recursos escasos, es necesario establecer una jerarquía entre los posibles beneficiarios, para lo cual será necesario seleccionar como criterio un conjunto mínimo de necesidades básicas que deben ser satisfechas. Contra esta última afirmación se ha observado con acierto que es imposible establecer por anticipado la magnitud y el carácter de las necesidades básicas en cada sociedad, ya que sobre ambas variables influyen de un modo decisorio tanto la cultura como el grado de desarrollo económico y tecnológico de la misma. Sin embargo, se puede señalar un indicador lo suficientemente preciso pero flexible para establecer una medida de las necesidades básicas, incluyendo dentro de ellas las de nutrición, habitación, educación y salud. Me refiero al conjunto de necesidades promedio requeridas para que un individuo de ambos sexos alcance un dominio suficiente de sus capacidades y habilidades como para poder asegurarse el ejercicio de su *autonomía* (Cp. GUARIGLIA, 1993: pp. 109-123, y 1996: pp. 173 y ss.; GEWIRTH, 1996: pp. 51 y ss.; FABRE, 1998: pp. 267 y ss.; O'NEILL, 2000: pp. 29-49, 137-138). La magnitud de los recursos necesarios para asegurar ese mínimo dependerá fuertemente del grado de desarrollo social al que haya alcanzado no solamente una misma nación, sino también las distintas regiones dentro de ésta. De esta manera, quienes caigan por debajo de ese mínimo, fijado según parámetros regionales y hasta comunales, por no hallarse en condiciones de satisfacer mediante sus propios medios las necesidades de subsistencia —sea por incapacidades temporarias o ermanentes, por desempleo temporáneo o crónico, etc.— deberán ser los beneficiarios prioritarios de los derechos económicos y sociales.

Más compleja se presenta la segunda cuestión, a saber: *(b)* quiénes deben asumir la carga de suministrar los recursos para satisfacer las necesidades de otros. Es, fundamentalmente, contra esta posibilidad que se levantan los libertarios, aduciendo que sería un modo de utilizar a ciertas personas, los sujetos a la obligación, como medios y no como fines en sí mismos (NOZICK, 1980: pp. 32-33). A primera vista, se trata de una extraña objeción, puesto que echa mano a un argumento kantiano con el fin de oponerse a toda forma de solidaridad entre los ciudadanos de una misma sociedad. En su forma más elemental a lo que apunta es a denunciar una distribución desigual de las cargas, por ejemplo a través de los impuestos directos, cuyas tasas aumentan proporcionalmente a los mayores ingresos de cada uno, dado que en ese caso parecería haber una discriminación negativa en contra de los más ricos, cuando en realidad, por tratarse de un derecho universal, su costo debería ser también universalmente enjugado. Sin embargo, la objeción cae de inmediato cuando uno advierte que este deber positivo de contribuir al mantenimiento del estado —que es el que, en última instancia, distribuirá los recursos públicos— recae de un modo u otro en todos los miembros de la sociedad, y afecta tanto al mantenimiento del aparato policial y de seguridad indispensable para proteger los derechos negativos, como a los aportes para la seguridad social, la educación o la salud. En otros términos, la cuestión no reside en las cargas que hay que imponer para el sostenimiento del estado, pues éstas deberán existir en cualquier caso, sino en la amplitud y calidad de los servicios que el estado debe aportar a la sociedad, que es en definitiva lo que le importa al libertarismo, dada su insistencia en reducir al mínimo los bienes públicos provistos por aquél. Desde esta

perspectiva, la objeción ya no se sostiene tal como fue formulada, pues ahora se ha desplazado a la jerarquía de prioridades que cada estado democrático, en uso d su soberanía, se da como fines de su acción política.

Considerada, entonces, desde el punto de vista de las obligaciones, la combinación entre deberes negativos y positivos es análoga a la de derechos negativos y positivos, dado que todo miembro de un determinado estado tendrá un deber negativo general tanto de no lesionar la seguridad de los demás como de no contribuir mediante las propias acciones a empeorar la situación ya de por sí precaria de los peor situados (por ejemplo, mediante explotaciones que deterioren la calidad del agua o del suelo, o por medio de prácticas corruptas que incidan en el deterioro de los servicios prestados por el estado en sus distintos niveles). A ello se añade un deber positivo especial para cada individuo, que consiste en cumplir con la carga que le corresponde de acuerdo con su nivel relativo de ingresos a fin de sostener al estado, de modo que este último cuente con los recursos necesarios tanto para mantener la seguridad de la población como para solventar las necesidades básicas de los peor situados.

§ 5. Estamos en condiciones de abordar nuestro tema central, a saber, la compleja cuestión del cumplimiento y la efectiva ejecución de los derechos económicos y sociales y el rol que desempeñan en ello los jueces. En primer lugar, es necesario determinar el primer destinatario de las demandas nacidas como provenientes de esos derechos humanos, sin cuya identificación precisa amenazan con tornarse derechos meramente declamatorios. No cabe duda de que se trata de una obligación que debe asumir en cada caso el estado a través de sus diferentes niveles, desde el más amplio, nacional o federal, hasta los niveles regionales, provinciales y municipales o comunales. En efecto, se puede postular la existencia de deberes especiales que afectan a los gobernantes y funcionarios políticos del estado como correlato de los derechos positivos generales que asisten a cada uno de los habitantes de un país, a pesar de que el objeto y la magnitud de esos derechos sean escasamente determinables y difícilmente justiciables. Con respecto a este último punto se presenta una de las mayores dificultades para la ejecución de estos derechos, que puede enunciarse así: ¿qué ocurre cuando los gobiernos nacionales, provinciales o municipales dejan de satisfacer las demandas básicas, sea por corrupción, por negligencia o, por mera imposibilidad? La primera respuesta a este interrogante consiste en examinar si y en qué forma está abierta la vía jurídica para lograr que los derechos económicos y sociales sean efectivamente justiciables allí en donde los potenciales beneficiarios de los mismos estén privados de ellos.

Tomaré un ejemplo particularmente dramático de la situación argentina actual. Me refiero, en especial, a la exigencia de que el estado provea un seguro de desempleo para todos los ciudadanos que no encuentren temporaria o permanentemente trabajo. Tal derecho, estipulado en el art. 9.º del *Pacto internacional sobre derechos económicos y sociales,* forma parte desde 1994 de la *Constitución de la R. Argentina,* pese a lo cual no se ha tomado ninguna medida legislativa para hacerlo efectivo, no solamente en momentos de crisis, como ocurrió desde el 2001 a la actualidad, sino tampoco en el momento de mayor afluencia de recursos al estado. ¿Por qué, en estas situaciones, no es posible obligar judicialmente a un estado a cumplir con las obligaciones contraídas mediante pactos internacionales? Por cierto, la objeción que habitualmente se hace a una exigencia como ésta se basa en la imposibilidad de atender a

las necesidades de una gran mayoría de la población que padece la plaga del desempleo con los escasos recursos fiscales con que cuenta el gobierno federal, con los que debe atender otras obligaciones previamente contraídas. Si, prosigue la objeción, fuesen los jueces quienes dispusieran las prioridades en la distribución de los recursos presupuestarios, entonces estaríamos en una situación incompatible con la democracia, pues no serían los representantes del poder ejecutivo y los del congreso, elegidos por el pueblo, sino los jueces, que no es un poder directamente elegido por sus mandantes, los que se arrogarían la competencia para establecer las metas de una determinada política.

Una posible réplica a esta objeción está unida a una característica de la relación entre derechos y deberes a la que nos hemos referido antes. En efecto, como se ha señalado con acierto, los deberes asociados a determinados derechos se presentan no aislados sino en oleadas, es decir, conectados entre sí (cp. WALDRON, 1989: pp. 509-511). Por consiguiente, conferir a los jueces una competencia para advertir a los otros dos poderes la existencia de deberes positivos incumplidos, que tienen, empero, rango de compromisos mediante tratados internacionales, y señalar que el cumplimiento de este deber está ligado a la efectiva realización de otros deberes, como por ejemplo, el de abstenerse de realizar otros gastos o de recortar ciertos impuestos con fines puramente electoralistas, no equivale a sustituir el ejercicio de la función política por la tiranía de los jueces, ya que el papel de éstos se limitaría a su función de fijar restricciones al margen de maniobra política que tienen los otros dos poderes, estableciendo en este caso qué metas deben ser prioritariamente alcanzadas por imperio constitucional, antes de disponer de la libertad de fijar otras por parte de los políticos.

De modo general, la tesis que sostenemos es la siguiente: la satisfacción de los derechos económicos y sociales, en tanto derechos positivos de los ciudadanos, implica necesariamente una restricción del margen de maniobra tanto en la imposición como en la distribución de los recursos fiscales y, en general, en la política económica del estado para los funcionarios políticos en ejercicio, ya que existen metas sociales prioritarias para la ciudadanía que deben ser satisfechas con anticipación a cualquier otra medida —como, por ejemplo, de rebaja de la tasa de impuestos a las ganancias, o de exención de impuestos a las rentas financieras— que los dirigentes tuvieran en su programa. En términos más abstractos, esto significa que, dada la interconexión de los deberes a la que nos hemos referido, se produce una importante consecuencia para la posible regulación y justiciabilidad de los derechos positivos de los ciudadanos, que se puede formular así: la primera obligación de quienes tienen los deberes positivos especiales de procurar satisfacer los derechos económicos y sociales de los ciudadanos, consiste en *abstenerse de tomar cualquier medida que empeore previsiblemente la situación existente, ya precaria, de los peor situados.* De este modo, así como los derechos negativos dan origen a la aparición de derechos positivos complementarios, que consisten en que se preserve la vida e integridad de los ciudadanos y dan lugar a deberes positivos especiales por parte de los funcionarios y gobernantes, tenemos ahora la figura inversa: los derechos positivos de los ciudadanos dan origen a la aparición de derechos negativos complementarios de éstos, que tienen un correlato, en este caso estricto, con unos deberes negativos específicos para aquellos que estén en situaciones de poder, fundamentalmente económico. Éstos consisten en refrenar toda acción de carácter económico o social que haga imposible el ejercicio de los derechos posi-

tivos por parte de la gran mayoría de los ciudadanos, agravando situaciones ya de pr sí malas. Son estos deberes negativos complementarios los que, por su propia naturaleza, se prestan más a ser considerados justiciables por un tribunal, con el debido asesoramiento de expertos, el que debería conocer sobre aquellos casos cuyas consecuencias para el empobrecimiento generalizado de una población o el brusco empeoramiento de sus condiciones de vida sean previsiblemente graves, como por ejemplo ingentes maniobras financieras, vaciamiento de los fondos de la seguridad social, etc.

§ 6. Podemos formular en este momento la pregunta crucial desde el punto de vista filosófico-jurídico con respecto a la intervención del máximo tribunal constitucional en pro de la satisfacción de los derechos económicos y sociales de los ciudadanos, a saber: ¿están autorizados los jueces a apelar a principios sustantivos de carácter moral para exigir el cumplimiento de las demandas basadas en estos difusos derechos humanos? ¿No están en ese caso simplemente poniendo su propia interpretación filosófica y moral de la constitución por encima de la de los otros dos poderes? Antes de analizar las posibles respuestas a esta pregunta, consideremos un aspecto importante que hasta ahora hemos dejado de lado. En efecto, la exposición que antecede muestra cómo ambas especies de derechos, los civiles y políticos y los económicos y sociales, están estrecha e inseparablemente involucradas, pues para que pueda ser ejercida una demanda por un cumplimiento efectivo de los derechos económicos por parte del poder ejecutivo o legislativo, debe contarse con la garantía acordada por un poder judicial independiente que vele por la protección de los derechos civiles, como el de asociarse libremente, peticionar y demandar la protección de sus derechos, expresar y sostener sus ideas e informar a la opinión pública de la existencia de situaciones de extrema precariedad o indigencia, en un determinado país, región o provincia, etc. En resumen, la efectiva ejecución de los derechos económicos y sociales no solamente no debe ser un pretexto para soslayar el cumplimiento de una activa protección de los derechos civiles y políticos, como ocurre frecuentemente, sino que, al contrario, presupone que ambas especies de derechos están necesariamente en vigencia y deben ser simultáneamente respetados. Esta indisoluble conexión entre las dos especies de derechos humanos pone de manifiesto simultáneamente la verdadera naturaleza de ambos: no se trata de principios morales sustantivos que están por fuera y por encima del sistema —cmo para los pueblos jerárquicos no liberales ni democráticos— sino de las reglas de argumentación más generales que están en la base del sistema democrático.

Adoptaré como punto de partida la distinción que hace DWORKIN (1978: pp. 71-80) entre «reglas» y «principios», sistematizada más tarde por ALEXY (1986: pp. 75-79) y más recientemente por ATIENZA, según la cual toda norma regulativa es o una regla o un principio: «las reglas tienen condiciones de aplicación [...] cerradas, en el sentido de que consisten en una serie de propiedades [...] establecidas previamente, mientras que los principios obedecen más bien a lo que VON WRIGHT llamaba normas categóricas, esto es, normas que no tienen más condiciones de aplicación que las que surgen del propio contenido» (ATIENZA, 2006: pp. 218-234). Dentro de este marco, tendríamos un conflicto entre dos principios que forman parte del sistema jurídico: uno que afirma la primacía del poder legislativo, en tanto un cuerpo de representantes del pueblo elegidos de modo directo por éste a fin de llevar adelante una determinada política pública, sobre el poder judicial, compuesto por expertos con compe-

tencia limitada y no elegidos directamente por sus mandantes, razón por la cual estos últimos deberían abstenerse de crear nuevas leyes (el argumento tiene varias versiones; adopto la que presenta DWORKIN, 1978: 84-85). El otro que sostiene que el derecho a la vida que todas las constituciones de los estados democráticos protegen, «no significa solamente que una persona no puede ser privada de su vida por la ejecución de una sentencia de muerte, salvo en el caso de que hubiera un procedimiento legal establecido por la ley. [...] Un aspecto igualmente importante de ese derecho es el derecho a que la vida sea viable, porque ninguna persona puede vivir sin los medios para ello. Si el derecho a que la vida sea posible no es tratado como una parte del derecho constitucional a la vida, el modo más fácil de privar a una persona de su derecho a la vida sería, entonces, privarla de sus medios de subsistencia» (Corte Suprema de la India, AIR 1986 Supreme Court 18, en: STEINER y ASTON, 2000: p. 288).

Ahora bien, cuando dos principios entran en conflicto, el único modo de resolverlo es mediante una ponderación entre ambos que permita determinar cuál de los dos, todos los aspectos del caso considerados, debe obtener la primacía. Dado que, por su carácter, los principios son siempre principios *prima facie,* el hecho de que uno de los que colisionan entre sí deba ceder en ciertas circunstancias ante el otro no significa que el principio postergado pierda validez o importancia en general sino solamente para el caso en cuestión (HARE, 1981: 38-43; ATIENZA, 2006: 240-2).

¿Qué jerarquía debemos atribuirles a los dos principios enunciados en los arts. 1.º y 3.º de la Declaración Universal de los DDHH, que afirman, respectivamente: «todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos»; y «todos tienen derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de las personas»? Sin duda, se trata en primer lugar de principios morales universales cuya validez y vigencia *debe* extenderse a todo el planeta, razón por la que, como señalamos, establecen criterios de demarcación entre las sociedades democráticas liberales —en las que ya la tienen— y las que (aún) no lo son. Pero lo importante es que en las sociedades democráticas liberales no constituyen *meros* principios morales sino que éstos, desde la formación de las mismas como regímenes constitucionales, están establecidos y formalizados como derechos subjetivos fundamentales de los ciudadanos, a través de cuyo reconocimiento ellos se conceden recíprocamente el respeto propio de sujetos de pleno derecho (HABERMAS, 1992: 112-135; 1997: 221-225). Para los estados constitucionales de derecho, por lo tanto, estos derechos fundamentales deben ser entendidos como metarreglas formales del estado, las cuales reglamentan la legitimidad y preservación del régimen constitucional mismo. Su prioridad, entonces, sobre cualquier otro principio contrapuesto puede advertirse dialécticamente por el hecho de que la aserción de cada uno de dichos principios implica pragmáticamente el rechazo de la aserción del principio contradictorio, que permitiría un estado de cosas incompatible con una democracia constitucional. En efecto, es imposible admitir bajo ninguna circunstancia que uno cualquiera de los ciudadanos de un estado democrático naciese carente de libertad o de igualdad en dignidad y derechos, a diferencia de todos los demás (GUARIGLIA, 1996: pp. 162-169). Si, en consecuencia, las metarreglas constitutivas del estado democrático de derecho deben ser preservadas, se sigue, entonces, que ese estado deb brindar a sus ciudadanos las necesarias oportunidades tanto para preservar su vida, como señala el fallo de la Corte Suprema de la India, como para desarrollar su propia autonomía como miembros libres e iguales, para lo cual es necesario asegurarles no sola-

mente medios mínimos de subsistencia sino también de desarrollo y formación que les permitan integrarse como un miembro activo de la sociedad, gozando de sus capacidades y habilidades, mientras sus fuerzas lo permitan, y de la seguridad de que se le proveerá de una atención condigna, cuando aquellas flaqueen. En resumen, los arts. 22 al 26 de la Declaración que enumeran los derechos humanos económicos y sociales más básicos que un estado de derecho debe satisfacer deben ser interpretados como una consecuencia en el plano conceptual de lo que significa ser un ciudadano libre e igual en una sociedad moderna, que cuenta con una sociedad civil ampliamente desarrollada y una economía de mercado. La intervención de los jueces en la preservación de las metarreglas constitutivas de esa sociedad como soporte del régimen político no es una intervención para llevar a cabo una política con una meta positiva, como si ésta hubiese sido elegida por una mayoría de los ciudadanos, lo que sería una injustificada intromisión en la esfera de los otros dos poderes, sino que, al contrario, es una actividad de vigilancia y preservación de las reglas constitutivas de esa sociedad mediante la salvaguarda del estatus de sus ciudadanos como miembros autónomos de la misma. Si la división de poderes propia de una forma republicana de gobierno es la regla marco del régimen político que permite preservarlo, entonces la función de los jueces como miembros independientes en función de árbitros, y en especial del tribunal constitucional supremo, es la de reinterpretar y reconstruir esas metarreglas cuando la acción u omisión de los otros dos poderes amenace con restringirlas, distorsionarlas o directamente cambiarlas sin recurrir al procedimiento de enmienda estipulado por la constitución isma.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

ALEXY, R., 1978: *Theorie der juristischen Argumentation,* Francfort: Suhrkamp.

— 1986: *Theorie der Grundrechte,* Francfort: Suhrkamp.

ATIENZA, M., 2006: *El derecho como argumentación,* Barcelona: Ariel.

BEITZ, Ch., 2001: «Human Rights as a Common Concern», *American Political Science Review,* 95, pp. 269-282.

Center for the Study of Human Rights, 1994: *Twenty-Five Human Rights Documents,* Columbia University.

COHEN, J., 2004: «Minimalism About Human Rights: The Most We Can Hope For?», *Journal of Political Philosophy,* 12, pp. 190-213.

CROCKER, D., 1998: *Florecimiento humano y desarrollo internacional,* San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.

DE GREIFF, P., y CRONIN, C. (edit.), 2002: *Global Justice and Transnational Politics,* Cambridge, Mass.-London: The MIT Press.

DWORKIN, R., 1978: *Taking Rights Seriously,* Londres: Duckworth, 2.ª ed.

FABRE, C., 1998: «Constitutionalising Social Rights», *Journal of Political Philosophy,* 6, pp. 263-284.

FINNIS, J., 1980: *Natural Law and Natural Rights,* Oxford: Clarendon Press.

FREEMAN, S., 2006: «The Law of Peoples, Social Cooperation, Human Rights, and Distributive Justice», *Social Philosophy & Policy Foundations,* 23, pp. 29-68.

GEWIRTH, A., 1982: *Human Rights,* Chicago & Londres: University of Chicago Press.

— 1996: *The Community of Rights,* Chicago & Londres: The University of Chicago Press.

GUARIGLIA, O., 1993: «El concepto normativo de "persona" y los requisitos mínimos de justicia distributiva en una sociedad democrática», *Doxa* (Cuadernos de Filosofía del Derecho), 13, Alicante: pp. 109-122.

— 1995: *Universalismus und Neuaristotelismus in der zeitgenössischen Ethik,* Hildesheim-Zürich-New York: Georg Olms (Philosophische Texte und Studien, Bd. 40).

— 1996: *Moralidad (Ética universalista y sujeto moral),* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica (Biblioteca de Filosofía) [trad. ital. Nápoles, 2002].

— 2002: *Una ética para el siglo xxi: Ética y derechos humanos en un tiempo posmetafísico,* Buenos Aires-México: Fondo de Cultura Económica.

HABERMAS, J., 1992: *Faktizität und Geltung,* Francfort: Suhrkamp.

— 1996: *Die Enbeziehung des Anderen,* Francfort: Suhrkamp.

— 2002: «On Legitimation through Human Rights», en: DE GREIFF, P., y CRONIN, C. (edit.), pp. 197-214.

HARE, R. M., 1981: *Moral Thinking,* Oxford: Clarendon Press.

KANT, I., 1963: *MS, Metaphysik der Sitten,* en: *Werke,* edición de W. Weischedel, tomo IV, Darmstadt, Wissens, Buchgesell.

KERSTING, W., 1993: *Wohlgeordnete Freiheit (Immanuel Kants Rechts- und Staatsphilosophie),* Francfort: Suhrkamp, 2.ª ed.

MARITAIN, J., 1953: *L'homme et l'état,* Paris: Presses Universitaires de France.

NINO, C., 1989: *Ética y derechos humanos,* 2.ª ed., Buenos Aires: Astrea.

NOZICK, R., 1980: *Anarchy, State, and Utopia,* Oxford-Cambridge, Mass.: Blackwell.

O'NEILL, O., 2000: *Bounds of Justice,* Cambridge: Cambridge U.P.

PECES BARBA, G. (comp.), 1989: *El fundamento de los derechos humanos,* Madrid: Debate.

POGGE, T. (edit.), 2001: *Global Justice,* Oxford: Blackwell.

— 2002: *World Poverty and Human Rights,* Cambridge: Polity Press.

RAWLS, J., 1993: *Political Liberalism,* Nueva York: Columbia University.

— 1999: *The Law of Peoples,* Cambridge, Mass.-Londres: Harvard University Press.

SEN, A., 1992: *Inequality Reexamined,* Cambridge, Mass.: Harvard University Press.

SHUE, H., 1988: «Mediating Duties», *Ethics,* 98, pp. 687-704.

— 1996: *Basic Rights,* 2.ª ed., Princeton: Princeton U.P.

STEINER, H., y ALSTON, Ph., 2000: *International Human Rights in Context: Law, Politics Morals,* 2.ª ed., Oxford: University Press.

STIGLITZ, J. E., 2002: *Globalization and Its Discontents,* Nueva York-Londres: W. W. Norton.

WALDRON, J., 1989: «Rights in Conflict», *Ethics,* 99, pp. 503-519.

— 1993: *Liberal rights,* Cambridge: Cambridge U.P.

WALZER, M., 1994: *Thick and Thin: Moral Argument at Home and Abroad,* Notre Dame-London: University of Notre Dame Press.

HOMENAJE A NORBERTO BOBBIO*

* En esta sección se incluyen dos trabajos que, por error, no fueron publicados en la sección «Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporánea» del número 28 de Doxa.

EL LIBERALSOCIALISMO PARA BOBBIO Y PARA NOSOTROS

Michelangelo Bovero

Universidad de Turín

RESUMEN. Partiendo de las ideas sobre el liberalsocialismo en el pensamiento de Norberto Bobbio y hallando en el ámbito del constitucionalismo el terreno propicio, no ya para un compromiso, sino para una forma de reconciliación entre la tradición liberal y la socialista, el autor propone una caracterización del liberalsocialismo articulada en dos niveles: en un "liberalsocialismo mínimo" (o liberalsocialismo *para* la democracia), entendido como un "mínimo indispensable para la democracia", y en un "liberalsocialismo máximo" (o liberalsocialismo *en* la democracia), esto es, "la conjugación entre la máxima libertad individual y la máxima justicia social históricamente posibles en cada ocasión".

Palabras claves: Norberto Bobbio, liberalsocialismo, democracia.

ABSTRACT. Taking Norberto Bobbio's ideas on liberal-socialism as a starting point, and finding in the scope of constitutionalism the breeding ground for a means of reconciliation between the liberal and the socialist traditions, rather than a compromise, the author puts forward a characterization of liberal-socialism made up of two levels: of a "minimal liberal-socialism" (or liberal-socialism *for* democracy), understood as "what is strictly necessary for democracy", and of a "maximum liberal-socialism" (or liberal-socialism *in* democracy), that is to say, "the marrying of the maximum individual freedom and the maximum social justice historically possible on each occasion".

Keywords: Norberto Bobbio, liberal-socialism, democracy.

Las reflexiones sobre el liberalsocialismo, o sobre el socialismo liberal, constituyen en mi opinión el auténtico núcleo del pensamiento de BOBBIO como "filósofo militante".

Es sabido que BOBBIO usa a menudo indistintamente «liberalsocialismo» y «socialismo liberal»; es más, en ocasiones las pone al lado de otras fórmulas como «liberalismo social» o «socialista». Más allá de las cuestiones debatidas por los historiadores profesionales, para BOBBIO todas estas expresiones plantean el mismo problema esencial, *conceptual:* el de la compatibilidad entre liberalismo y socialismo, entendidos como visiones generales del mundo político. A pesar de la variedad infinita y litigiosa de las interpretaciones que se han dado de uno y otro, liberalismo y socialismo casi siempre han sido considerados antitéticos, como los términos de la verdadera e insuperable contraposición de la modernidad política, y por consiguiente destinados a entrar en conflicto: un conflicto, precisa BOBBIO [1], que puede considerarse mortal si se sostiene, como por ejemplo se ha sostenido sobre todo desde la perspectiva marxista, que la victoria de uno no puede sino coincidir con la supresión del otro; pero también puede considerarse pacífico si se reconoce, como se ha reconocido en las democracias consolidadas y en las inauguradas por las constituciones de la posguerra, la posibilidad de la alternancia entre orientaciones políticas opuestas inspiradas en aquéllos. Sin embargo, como excepción en la historia del pensamiento político, hay una tradición rastreable a partir de la mitad del siglo XIX en la cultura anglosajona, que no ha conocido, al contrario de lo que ha sucedido frecuentemente en la cultura política europea continental, y sobre todo en la del movimiento obrero, una hegemonía del marxismo (aun en la variedad de los muchos marxismos, a su vez infinitos y litigiosos). Pero más que una auténtica y propia tradición —lo he sostenido en otra parte [2]— quizás es representable como una sucesión de ilustres figuras intelectuales, que van desde John Stuart MILL a HOBHOUSE y a RUSSELL: estos personajes, aun diversos entre ellos, pueden ser considerados como precursores o pioneros del intento de conjugar, con resultados más o menos felices de síntesis teórica, los principios fundamentales del liberalismo y del socialismo: la garantía de una amplia esfera de libertad individual y la promoción de la igualdad y la justicia social. Entre los rasgos genéricamente comunes de sus elaboraciones, aquello en lo que se puede identificar la condición de posibilidad del propio intento mismo de una síntesis liberalsocialista —como subraya BOBBIO, retomando una tesis de Karl POLANYI [3]— concierne a la "metafísica influyente" por ellos compartida (con mayor o menor coherencia y lucidez): una visión antideterminista de la historia y una concepción anticolectivista de la sociedad. Es sobre estas bases y en este horizonte ideal donde se podía y se puede plantear el problema de la mediación, bien sea político-programática bien sea teórico-filosófica, entre

[1] En el artículo «Socialismo liberale» de 1989, ahora en BOBBIO, N., 2005: *Cinquant'anni e non bastano,* Siena.

[2] En el ensayo «Liberalismo, socialismo, democrazia. Definizioni minime e relazioni possibili», en BOVERO, M.; MURA, V., y SBARBERI, F. (comps.), 1994: *I dilemmi del liberalsocialismo,* Roma: La Nuova Italia Scientifica, pp. 303-320.

[3] Siempre en «Socialismo liberale», 1989.

los valores más altos que inspiran las dos ideologías contrapuestas, es decir, entre la libertad y la igualdad.

Pero más que de mediación, integración o síntesis, BOBBIO ha preferido siempre hablar de *compromiso:* «porque —explica— estos dos valores, tomados en su forma absoluta y entendidos como valores últimos, son incompatibles en el sentido de que ninguna sociedad en el mundo podrá ser al mismo tiempo totalmente libre y totalmente igualitaria, es decir, compuesta por individuos completamente libres y completamente iguales entre sí»[4]. La idea de compromiso, más que de integración, se revela en efecto más adecuada si se consideran por ejemplo ciertos aspectos del programa del *Partito d'Azione* (el partido nacido de la *Resistenza* contra el nazifascismo, y desaparecido poco después del inicio de la época republicana, que heredó el espíritu del movimiento liberalsocialista y en el cual BOBBIO tuvo su única experiencia política militante): desde el punto de vista económico, sobre todo, la mediación entre ideas liberales e ideas socialistas se resolvió mediante una especie de división del espacio disponible, es decir, en la propuesta de la economía a dos sectores. En cambio, me parece percibir algo más que un compromiso, y diría que es incluso una forma de integración, en el modo en el que el mismo BOBBIO considera el problema en su dimensión más propiamente político-institucional, o mejor, constitucional: aludo naturalmente al connubio entre derechos de libertad y derechos sociales. En la historia del socialismo liberal o liberalsocialismo italiano, la elaboración de la doctrina de los derechos fundamentales en la dirección de este connubio fue sobre todo obra, y mérito eminente, de Piero CALAMANDREI. BOBBIO no pierde ocasión de subrayarlo. En el amplio ensayo introductorio de 1946 a la reedición del libro de Francesco RUFFINI sobre los *Derechos de libertad* (que había sido originalmente publicado veinte años antes por Piero GOBETTI), CALAMANDREI argumentaba que el reconocimiento y la protección constitucional de los derechos sociales debía considerarse la necesaria garantía de los mismos derechos de libertad, en cuanto condición indispensable para su efectivo disfrute y ejercicio, en otro caso restringido al privilegio de pocos; y en tal reconocimiento invitaba a ver el «injerto» de la tradición socialista en la tradición liberal. Citaba la emblemática afirmación de ROSSELLI, «socialismo es liberalismo en acción», señalando en ella: «el significado de ciertas fórmulas programáticas —*socialismo liberal, justicia y libertad, liberalsocialismo*— en las que se ha tratado de expresar en síntesis no tanto una especie de equilibrio inestable entre dos aspiraciones heterogéneas y contrapuestas, libertad individual y justicia social, cuanto la superación de esta contraposición y el reconocimiento de que *la justicia social es condición de la libertad individual*»[5].

Ésta le parece a BOBBIO la verdadera médula del liberalsocialismo (o socialismo liberal si se prefiere) *como filosofía política.* A partir de aquí se puede reformular el problema conceptual: compromiso o integración, ¿entre qué elementos? ¿Qué liberalismo y qué socialismo? ¿Qué almas de las dos grandes corrientes ideológicas his-

---

[4] *Cfr.* BOBBIO, 2005: p. 228.

[5] CALAMANDREI, P., 1946: *L'avvenire dei diritti di libertà,* Introducción a la segunda edición de RUFFINI, F., *Diritti di libertà,* Firenze: La Nuova Italia editrice, reimpr. anastatica 1975, p. XXXI: la cursiva es de CALAMANDREI. Subrayo que en este célebre paso, varias veces recordado por BOBBIO, los dos nombres, socialismo liberal y liberalsocialismo, vienen equiparados.

tóricamente enfrentadas podían y pueden concebirse como compatibles y conciliables en el proyecto liberalsocialista? Es cierto que el liberalismo liberista del Estado mínimo, o ultramínimo, que eleva las reglas del mercado —o peor, el mercado desregulado, sin vínculos ni límites, la libertad salvaje del *homo oeconomicus*— a principio supremo de la organización social era y es incompatible con el socialismo, con cualquier socialismo, sea la que sea la interpretación que se quiera sostener de él; se entienda como se quiera, el socialismo es inseparable de la aspiración de instaurar la justicia como igualdad en la satisfacción de las necesidades esenciales y de protegerla contra la mercantilización integral de la vida social. En el otro extremo, el socialismo colectivista y burocrático del Estado máximo, o del Estado total, que regula todo desde arriba en función de una presunta, y en realidad ficticia, igualación de las posiciones sociales, hasta sofocar toda iniciativa individual y la atmósfera misma de la libertad, no podía y no puede concebirse como compatible con el liberalismo como quiera que se interprete; su mismo nombre resultaría vaciado de sentido al privársele de la referencia esencial al principio de autodeterminación individual. La única vía era y es, *mutatis mutandis,* la de la conjugación de los derechos de libertad de la tradición liberal y los derechos sociales que se podían considerar resultado de las reivindicaciones y luchas socialistas por la tutela del trabajo, la protección de los débiles y la igualación de los desiguales.

Pero no era una *tercera* vía, una vía *intermedia;* era más bien (o mejor, debía o habría debido, y con mayor razón debería hoy, concebirse como) la prosecución de la *primera* vía; aquélla, cierto que no llana, fácil ni rectilínea que históricamente ya había conducido desde el liberalismo hacia la democracia, mediante algunas conquistas decisivas en el proceso de democratización de los Estados liberales, como la abolición de las barreras censitarias para el derecho de voto; la vía nunca definitivamente encontrada, continuamente buscada y explorada, y repetidamente modificada corrigiendo su dirección, de un único, difícil y complejo proyecto de emancipación: un proyecto, no un destino inscrito en las leyes de la historia; la primera, la *única* vía, aunque incierta e insegura, que se debía intentar recuperar y proseguir partiendo nuevamente desde un núcleo de valores de la tradición liberal, porque la otra, la *segunda* vía, que parecía girar hacia la izquierda alejándose del principio de libertad individual, juzgado y condenado sumariamente como «burgués», era en realidad un callejón sin salida que conduciría a la inversión de la utopía, es decir, a la perversión del proyecto de emancipación.

Era una vía que, pasando más allá de aquel engañoso giro, se debía intentar recorrer —más aún, trazar, *excavar*— con la combinación de dos estrategias. Ante todo era necesario instituir una jerarquía entre los derechos mismos de libertad de la tradición liberal mediante la atribución de un rango subordinado y vinculado por condiciones y límites al derecho de propiedad, no ya porque éste no debiera ser reconocido como un derecho individual, sino para evitar que pudiera atraer a su esfera y en el límite fagocitar las que BOBBIO llama «las cuatro grandes libertades de los modernos», inalienables e indisponibles, sustraídas a cualquier poder, sea del Estado o del mercado: la libertad personal, es decir, la inmunidad de detención arbitraria y de tortura; la libertad de conciencia y de pensamiento, que implica el derecho de manifestar las propias opiniones; la libertad de reunión, que comprende el derecho de protesta colectiva; la libertad de asociación, que permite la libre formación de partidos y

sindicatos, y con ella la de los sujetos de la vida democrática. En segundo lugar y consecuentemente, se debía proceder a la declaración de los derechos sociales, a su reconocimiento como derechos fundamentales en igual plano que los derechos de libertad, como aquellos universales e iguales, es decir, atribuidos igualmente a todos, sobre todo para evitar que las libertades iguales de derecho continuasen siendo o se transformaran en desigualdades de hecho: de este modo los derechos sociales —al trabajo, a la educación, a la salud, a la previsión social y a la subsistencia— eran concebidos como precondiciones de la igual libertad. O mejor, como precondiciones para el efectivo disfrute de los derechos de libertad y, por lo tanto, también para el correcto ejercicio de los derechos políticos mismos, de los cuales los derechos fundamentales de libertad son precondiciones a su vez. ¿Qué sentido tendrían los derechos de participación política si no estuvieran garantizados los derechos a la libre manifestación del pensamiento, a la libre reunión y asociación? ¿Pero qué sentido tendría la libertad de pensamiento, de reunión, de asociación sin el derecho a la educación por un lado y a la información libre y plural por el otro? ¿Cuánto valor tienen los derechos de libertad sin un poder concreto para hacer aquello que está permitido hacer? ¿Para quién tienen valor estos derechos, sin condiciones materiales que coloquen a los individuos como tales, a todos los individuos, en condición de ser libres?

A la democracia así entendida BOBBIO la llamaba en ocasiones (como también CALAMANDREI) «democracia social», para subrayar, justamente, que el fundamento de toda la construcción residiría en la garantía de los derechos sociales. Pero quizás se debería llamar más correctamente «democracia liberalsocialista». La democracia es liberalsocialista en sus precondiciones, que son indisociablemente liberales y sociales. Es decir: el liberalsocialismo de los derechos fundamentales es la precondición de una democracia no frágil y no aparente. Esta idea de democracia, remarca BOBBIO, «nace claramente del punto de encuentro e integración recíproca de los ideales liberales y los socialistas»[6].

Para concluir, querría sugerir un esquema analítico ulterior. En el liberalsocialismo (o socialismo liberal) como concepción ideal, que propone un modelo prescriptivo propio de convivencia, quizá sería apropiado distinguir dos niveles, dos grados. El primer nivel es el que he intentado delinear reconstruyendo el núcleo de la elaboración de BOBBIO sobre los derechos fundamentales. En este plano, el objetivo que el liberalsocialismo persigue es precisamente la garantía de las precondiciones sociales y liberales de la democracia a través de la instauración primero y de la preservación después del Estado constitucional de Derecho tal y como se ha desarrollado en el paradigma de las llamadas «Constituciones largas», un paradigma iniciado en la posguerra precisamente por la Constitución italiana y destinado a convertirse en dominante en la segunda mitad del siglo XX. La asunción de este modelo general de convivencia política caracteriza al que llamaré *liberalsocialismo mínimo,* en el sentido del mínimo *indispensable para la democracia:* aquel núcleo esencial de derechos de libertad y sociales que debe ser asegurado y defendido, sustrayéndolo al poder tanto del mercado como de las mayorías contingentes, para que las propias reglas de juego no sean vacia-

---

[6] BOBBIO, N., 1990: «Il pensiero politico [di Calamandrei]», en BARILE, P. (comp.), *Piero Calamandrei. Ventidue saggi su un grande maestro,* Padova: Cedam, ahora recogido en BOBBIO, N., 1997: *Dal fascismo alla democrazia,* comp. por BOVERO, M., BALDINI & CASTOLDI, Milano (por donde cito), p. 332.

das y el juego no resulte desequilibrado o incluso amañado; en resumen, para prevenir el riesgo de un nuevo régimen, quizá disfrazado bajo apariencias democráticas, pero basado en el condicionamiento material y moral (precariedad social, información manipulada y distorsionada, etc.) de la voluntad política de los ciudadanos.

En un segundo y superior nivel, el liberalsocialismo se caracteriza por la búsqueda constante, e inagotable, de la conjugación entre la máxima libertad individual y la máxima justicia social históricamente posibles en cada ocasión. El ideal regulativo de una sociedad de libres e iguales se debe saber traducir a formas específicas, cada vez más complejas y articuladas, relacionándose con el cambio de las condiciones sociales y, sobre todo, sugiere BOBBIO, «con el progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás hombres». El crecimiento de las potencialidades humanas es ambiguo: pueden, por un lado, producir «nuevas amenazas a la libertad del individuo», y por el otro, «nuevos remedios a su indigencia»[7]. Los riesgos para la libertad se neutralizan mediante la creación de nuevos límites, vínculos y controles a la acción de los poderes públicos y privados; las oportunidades de satisfacción igualitaria de nuevas (y viejas) necesidades se realizan instituyendo las correspondientes obligaciones de prestación para los poderes públicos. Esto, que yo llamaría *liberalsocialismo máximo,* puede, y en mi opinión debería ser, el alma ideal de un partido (o movimiento) político. Un partido de izquierda, obviamente, universalista e igualitario, que pretenda desarrollar en la normal dialéctica democrática la tarea de promover el mejor balance entre las aspiraciones de justicia y libertad: combatiendo las recurrentes tendencias al deslizamiento hacia el Estado mínimo, deseado por los sostenedores del mercado máximo, generador y multiplicador de desigualdad, de discriminaciones y privilegios; pero oponiéndose al mismo tiempo y en igual medida también a los peligros de la exorbitancia de los poderes públicos en la esfera de la autodeterminación individual.

El primero, que he llamado mínimo, es el liberalsocialismo *para* la democracia: la realización de su programa pone las precondiciones para el desarrollo correcto del juego democrático, para la competición equitativa entre tendencias políticas diferentes y por lo tanto para la dialéctica normal entre mayorías y minorías, y entre gobierno y oposición, sobre la que se funda el ejercicio legítimo del poder. El segundo, que he llamado máximo, es el liberalsocialismo *en la* democracia: su programa debería ser el de un partido o movimiento político que quiere asumir un peculiar papel propio, en competición con otros dentro de la arena política democrática.

Pues bien: el primer liberalsocialismo, después de los fascismos y de los totalitarismos, debería o habría debido resultar patrimonio colectivo, compartido por todos los componentes de una sociedad democrática, y justo por ello traducido y fijado en normas constitucionales. Pero ahora la Constitución, o mejor el constitucionalismo, el paradigma del Estado de Derecho y con ellos la propia democracia, son directamente atacados, y no sólo en Italia sino en el mundo entero. Están amenazados por la globalización y por las políticas predominantes que la consienten y la fomentan; aún más, por las globalizaciones: del mercado, del miedo, de la guerra. De ello derivan

[7] BOBBIO, N., 1990: *L'età dei diritti,* Torino: Einaudi, 3.ª ed. 1997, p. XV [trad. cast., con la adición de tres textos, 1993: *El tiempo de los derechos,* Madrid: Sistema.

graves lesiones ante todo a los derechos sociales, pero también, después, a los derechos de libertad (basta pensar en el desgraciado intercambio de «libertad por seguridad»), y por lo tanto a los derechos políticos, que resultan debilitados por falta de precondiciones liberales y sociales y reducidos a merced de pulsiones demagógicas. En consecuencia, el liberalsocialismo —al menos el mínimo— no puede dejar de volver a estar de actualidad.

Espero que ahora resulte más claro: no se trata de una tercera vía. Aún menos de la tercera vía de Tony Blair. Un amigo británico me ha contado una chanza que circula hace tiempo en Inglaterra, según la cual la tercera vía de Blair sería adecuadamente presentable como la suma de una política económica sustancialmente idéntica a la de las derechas neoliberistas, y de una retórica comunitarista, que apela a un paradigma holista y orgánico. Cabría afirmar: exactamente las dos versiones del liberalismo y del socialismo que *no* son compatibles entre sí. En todo caso, y más allá de chanza, de la lección de BOBBIO se obtienen indicaciones muy diferentes a éstas, incluso, opuestas: la tercera vía no existe; la única vía de izquierda, aquella que hoy debemos volver a recorrer, conduce a afrontar, esta vez a escala global, planetaria, el problema de la garantía conjunta de los derechos fundamentales de matriz liberal y socialista. De nuevo y todavía, justicia y libertad.

(Trad. de Álvaro Núñez Vaquero)

BONDAD DE LA RACIONALIDAD*

Un homenaje a la memoria de Norberto Bobbio

Agustín Squella

Universidad de Valparaíso, Chile

RESUMEN. En este trabajo el autor rinde un personal homenaje a Norberto BOBBIO al analizar algunos aspectos de su pensamiento en los que se muestra la idea de que existe una bondad de la racionalidad, es decir, *que una posibilidad de ser buenos consiste en comportarse racionalmente.* Uno de ellos se aprecia en los planteamientos del maestro turinés en favor de un liberalismo social encaminado al reconocimiento y protección de las libertades básicas de los individuos, así como a la eliminación de las desigualdades más manifiestas. Un segundo aspecto se advierte en la defensa de un pacifismo institucional en el que se obtenga la paz a través del Derecho. Finalmente, un tercer aspecto en el que se apreciaría una bondad de la racionalidad se refiere a la manera en que BOBBIO entendió los fenómenos de la religión y la religiosidad.

Palabras clave: Norberto Bobbio, liberalismo social, pacifismo institucional.

ABSTRACT. In this paper the author pays personal homage to Norberto BOBBIO, analysing certain aspects of his thought in which he presents the idea that goodness in rationality exists, that is to say, *that a possibility of being good consists in behaving rationally.* One of these aspects can be seen in the master from Turin's proposals in favour of a social liberalism leading to the recognition and protection of individuals's fundamental liberties, as well as the elimination of the most evident inequalities. A second aspect can be appreciated in the defence of institutional pacifism, in which peace can be obtained through law. Finally, a third aspect, in which goodness in rationality can be seen, makes reference to the way in which BOBBIO understood the phenomena of religion and religiousness.

Keywords: Norberto Bobbio, social liberalism, institutional pacifism.

---

* Ponencia leída en la mesa en memoria de Norberto BOBBIO, con motivo del XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Granada, 29 de mayo de 2005, en la que intervinieron también Elías DÍAZ, Michelangelo BOVERO, Richard BELLAMY, Alfonso RUIZ MIGUEL, Celso LAFER y Luigi FERRAJOLI.

Como todos quienes participan en esta mesa, y como muchos de los que están en la platea, tengo una historia personal con BOBBIO. Una historia que se remonta a poco más de 20 años, concretamente a 1983, año en que empecé a preparar un número especial de la *Revista de Ciencias Sociales* de la Universidad de Valparaíso en homenaje al maestro de Torino, la misma revista que ha dedicado volúmenes monográficos a SAVIGNY, IHERING, KELSEN, ROSS, HART, DWORKIN y, últimamente, a John RAWLS. Pero antes de referir brevemente esa historia, quisiera señalar que el título de esta ponencia quiere significar que hay bondad en la racionalidad, o sea, que una posibilidad de ser buenos consiste en comportarse racionalmente. Si se quisiera ponerlo de este otro modo, existe una bondad que resulta no de mover el corazón, sino de mover la cabeza, una bondad que puede ser incluso superior a la que a veces sale del puro corazón y, ni que decir, muy superior a la que se reduce a esas meras declaraciones orales o escritas con las que pretenden buenos, o aparecer como tales, quienes hablan y escriben de bondad, pero que en su vida práctica se comportan muy lejos de ésta. Lo que sucede por momentos, al menos en el país de donde vengo, es que en materias de índole moral se prefiera hablar antes de valores que de virtudes, como si en al campo moral importaran más los valores que se declaran que las virtudes que se practican.

A BOBBIO vine a conocerle personalmente un año más tarde, en 1984, con ocasión de un congreso internacional de filosofía del derecho que Enrico PATTARO organizó en Bologna. BOBBIO me miró con cierta incredulidad cuando me acerqué a él y le dije que estaba preparando una obra colectiva en su homenaje. Mayor incredulidad mostró dos años más tarde, aunque siempre con benevolencia, cuando visitó la Universidad de Valparaíso y comprobó que el anunciado volumen aún no veía la luz. Éste vino a aparecer recién en 1987, y todavía recuerdo la alegría con que puse en el correo, con mis propias manos, el ejemplar destinado a BOBBIO.

De allí en adelante intercambiamos no más de dos cartas cada año, a raíz de la publicación de algún nuevo libro o artículo suyo. Sus cartas eran siempre muy breves y estaban escritas con una caligrafía pequeña y progresivamente temblorosa.

En 1992 tuvo lugar en Santander un curso de verano sobre BOBBIO, organizado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, en el que intervinimos varios estudiosos de su obra, capitaneados por el hoy rector de la Universidad Carlos III, Gregorio PECES-BARBA. El curso debía ser clausurado por el propio BOBBIO, quien en esos mismos días tuvo que ser sometido en Torino a una intervención quirúrgica de urgencia. Todos pensamos, cómo no, en el próximo fin del maestro, pero he aquí que BOBBIO se recuperó y produjo en los años posteriores a lo menos tres nuevos libros. Recuerdo hasta hoy la emoción con que PECES-BARBA leyó el texto que BOBBIO iba a presentar en la ocasión, y que pudimos recibir gracias al fax.

Allí, en el palacio de La Magdalena, a orillas del Cantábrico, en medio de una atmósfera cargada de admiración, respeto y preocupación por el maestro lejano y enfermo, BOBBIO nos dijo que «la vejez es el crepúsculo que anuncia la noche» y que «la melancolía es la conciencia de lo insatisfecho, de lo incompleto», pero señaló también que «hay bondad en la racionalidad» y que «en el mundo de los viejos cuentan más los afectos que los conceptos».

Como ustedes ven, es de una de aquellas frases de BOBBIO de donde salió el título de mi intervención en esta mesa en su memoria, de aquella frase en la que él certifica que «hay bondad en la racionalidad», una idea que me propongo desarrollar brevemente a continuación, no sin antes completar el relato de mi historia con BOBBIO.

En 2002, una de mis hijas pasó por Torino y llevó consigo un ejemplar de mi libro *Filosofía del Derecho,* recién aparecido, con el encargo preciso de entregarlo a BOBBIO en su casa de Via Sacchi, 66. Fue atendida por la empleada, quien le dijo que BOBBIO descansaba en ese instante y que no estaba en condiciones de recibirla. Nunca recibí el acuse de recibo, aunque me queda la esperanza de que el libro haya estado siquiera un momento en sus manos. Ese libro, entre otros cuatro capítulos, incluye uno sobre «Democracia y Derecho» y otro sobre «Positivismo jurídico», y ambos deben muchísimo a las ideas y planteamientos de BOBBIO en ambas materias. Con posterioridad, en 2004, luego de la muerte de BOBBIO, organizamos en Valparaíso un encuentro sobre su obra. Hubo más de 20 ponencias que formarán parte de un libro que hoy está en prensa. Por otra parte, hace un par de meses, la editorial Fondo de Cultura Económica publicó en Chile un librito mío de divulgación de las ideas de BOBBIO, titulado *Norberto Bobbio: un hombre fiero y justo.*

Debo mucho a las ideas de BOBBIO, sobre todo a las ideas políticas del maestro y, muy especialmente, a su siempre renovado discurso a favor de un liberalismo social, por entender que no se puede tener una sociedad decente si a los individuos que la forman no se les reconocen y protegen sus libertades básicas, y por entender, asimismo, que una sociedad decente no es sólo una sociedad de libertades, sino una donde hayan desaparecido las desigualdades más manifiestas e injustas entre los hombres. Si quisiera decirlo con una sola frase, una sociedad decente, además de ser una sociedad de libertades, es aquella donde las personas pueden comer a lo menos tres veces al día, es decir, una sociedad donde existe cierta igualdad en las condiciones materiales de vida de la gente. Y donde comer, por lo mismo, significa no sólo alimentarse, sino tener satisfechas las necesidades básicas de salud, educación, vivienda y vestuario.

No es la realidad que hoy tiene Europa, pero sí muchos de los países de América Latina y, desde luego, de África, y esa realidad —sin necesidad de ponernos demasiado dramáticos— se parece por momentos a la de un trasatlántico donde unos pocos viajan cómodamente instalados en camarotes de lujo, mientras la mayoría se las arregla como puede y tiende sus mantas sobre la cubierta y en bodegas, sin olvidar a los que nadan alrededor de la nave y tratan desesperadamente de subir a ella.

Para llegar a tener una sociedad de libertades y una cierta igualdad en las condiciones de vida de las personas no existen los atajos, sino el camino largo y gradual que hace posible la democracia, según todos hemos aprendido durante las últimas décadas. Pero este aprendizaje no puede significar que demos por definitivamente buena la alianza entre capitalismo y democracia, y nos sentemos a esperar a que los frutos maduren y alcancen para todos. Fukuyama nunca tuvo razón al decretar el fin de la historia, entendido como el agotamiento de las posibilidades humanas de idear e instaurar un sistema mejor que el que resulta de la alianza entre capitalismo y democracia. Tal es únicamente un modelo, quizás el modelo, pero no al modo de un patrón único, ya terminado de una vez para siempre, inflexible, que admita un solo y mismo

tipo de aplicación, de manera que la imaginación política, económica y moral de la humanidad —como señala el escritor Carlos Fuentes— aún tiene campo fértil donde moverse y —sobre todo en el caso de América Latina— de igualar algún día a nuestra imaginación verbal.

Pues bien: lo dicho es un ejemplo, en el caso de BOBBIO, tanto de bondad como de racionalidad, o, mejor aún, de bondad de la racionalidad, de un bien que es posible alcanzar a partir del aprendizaje y el discernimiento. Como se ha dicho tantas veces, el liberalsocialismo de BOBBIO es una fórmula química inestable. Todavía más, el propio BOBBIO reconocía que, hasta ahora, nadie ha encontrado la manera de poner de acuerdo los derechos de la libertad con las exigencias de la justicia social, aunque ello no quita que el liberalsocialismo sea una fórmula que indica a la vez una dirección. Una dirección que supone no la exclusión ni menos el sacrificio de la libertad en nombre de la igualdad ni el de ésta en nombre de aquélla, sino uno de esos ajustes o compensaciones entre valores distintos, de los que hablaba Isaiah BERLIN, y que sólo son posibles si uno se pregunta cuánto de esto por cuánto de aquello, es decir, cuánta justicia por cuánta compasión, cuánto orden por cuánta libertad, y cuánta libertad por cuánta igualdad.

Es cosa sabida, asimismo, que BOBBIO busca la paz —otro bien— no por medio del desarme ni menos de las grandes y pomposas declaraciones tan frecuentes a favor de la misma, sino mediante el Derecho, es decir, mediante esa técnica social que los hombres producen para cumplir diversas funciones y conseguir ciertos fines, entre éstos, precisamente, el de instalar una paz relativa en las relaciones interpersonales y, desde luego, en las de carácter interestatal.

BOBBIO propicia un pacifismo institucional que haga algún día posible, a nivel del planeta, lo que desde hace un tiempo ha ocurrido ya al interior del Derecho interno de cada Estado, a saber, que el Derecho consiga el monopolio del uso de la fuerza, de manera que el empleo de ésta por un Estado en contra de otro Estado sea no sólo un comportamiento prohibido, esto es, un ilícito, y que, además, no predomine entre los Estados la ley del más fuerte.

Por lo demás, si nadie niega que la mínima función que cabe esperar del Derecho es la prevención de conflictos, así como la resolución de éstos por medios pacíficos y en sedes y por intermedio de procedimientos que el propio Derecho preestablece, ¿quién podría dudar del papel que cabe al Derecho en la prevención de ese tipo especial y gravísimo del conflicto que llamamos guerra?

BOBBIO sabe bien que para la observancia de principios morales «se necesita mucho más que su justificación racional». «La experiencia histórica —advierte— demuestra que se requiere la amenaza de penas terrenales», puesto que la creencia en penas ultraterrenales «se va reduciendo cada vez más». Entonces, es aquí el momento en que entra en escena el Derecho, pues éste desalienta las conductas que prohíbe por medio de la amenaza de sanciones coactivas. En tal sentido, como decía mi viejo maestro de filosofía del derecho en Valparaíso, «el derecho es la consagración del escepticismo», puesto que amén de exigir comportamientos que todos consideramos deseables (que los pactos se cumplan, por ejemplo) y de prohibir otros estimados indeseables (como quitar la vida a otro), cuenta con que en más de un caso alguien dejará sin observar sus deberes jurídicos y, por lo mismo, junto con establecer éstos, predetermina el espe-

cífico castigo, pena o consecuencia desfavorable que deberá hacerse efectiva sobre el infractor.

Si a nivel de cada Estado se pasó ya del estado de naturaleza a la sociedad civil, lo propio tendría que ocurrir en el ámbito internacional. En palabras del propio BOBBIO, «el pacifismo jurídico es aquel que concibe el proceso de formación de una sociedad internacional en la que los conflictos entre estados se resuelven sin recurrir a la guerra, en última instancia en analogía con el proceso que, según la hipótesis contractualista, habría dado lugar al Estado».

Pero cómo, cómo hacer —se pregunta BOBBIO— para avanzar más rápidamente en esa dirección, tal como tendríamos que hacerlo también —volviendo al primer punto de mi exposición— para conseguir sociedades más decentes, o sea, más libres y a la par más igualitarias. Cómo hacer para avanzar a paso más firme en ese proceso de «acumulación civilizatoria» —como lo ha denominado Ernesto OTTONE— y del cual «surgen los derechos, las libertades y las igualdades».

Tenemos cada cual que «aportar nuestra piedra, por pequeña que sea, a la construcción del gran edificio». Todos, incluso los escépticos, lo que podamos creer que las cosas no mejorarán o que irán definitivamente mal, puesto que, como repite BOBBIO una y otra vez, todos tenemos derecho a ser escépticos en cuanto a la razón y a creer que las cosas irán mal, aunque a lo que no tenemos derecho es a ser escépticos en cuanto a la voluntad y a no hacer nada y sentarnos a esperar a que ocurra la tragedia. Aun siendo escépticos en cuanto a la razón, tenemos que ser optimistas en cuanto a la voluntad, lo cual quiere decir que si creemos que las cosas irán mal, tenemos el deber de hacer lo que esté a nuestro alcance para que vayan lo mejor posible.

Sí, «llevamos ya mucho retraso —escribe BOBBIO— respecto a las grandes aspiraciones de los hombres de buena voluntad», una constatación que el maestro hace no para deprimirnos e instarnos a abandonar la tarea, sino —como dice él— para «no aumentarlo (el retraso) con nuestra desconfianza, nuestra indolencia o nuestro escepticismo». Entonces —remata—, «no hay tiempo que perder».

Otro de los aspectos en que BOBBIO mostró que hay bondad en la racionalidad —y se trata del último que voy a desarrollar aquí— se refiere al modo como él entendió y vivió los fenómenos de la religión y la religiosidad. Calculen ustedes cómo entro ahora en un ámbito más íntimo del autor y, por tanto, también más impreciso, incierto y en alguna medida inescrutable, metiéndome así, de lleno, en las patas de los caballos, con el consiguiente riesgo de salir magullado, que es lo que con mayor probabilidad ocurrirá siempre a quien se inmiscuya en las extremidades ágiles, sensibles, delicadas, pero también fuertes, de esos nobles animales. ¿Han visto ustedes caer a un jinete en medio de una carrera de finasangres, sobre todo cuando marcha en el grupo de avanzada y es golpeado por los animales que vienen detrás? Se trata de algo fuerte, incluso para un hípico, como es mi caso, que ha presenciado muchas veces esa escena.

En efecto, decir que la concepción procedimental de la democracia que tiene BOBBIO, que establece cómo se adoptan las decisiones de gobierno y no cuál es el contenido específico que ellas tendrán, y recordar, asimismo, que dicha forma de gobierno, junto con presuponer y garantizar ciertos derechos fundamentales de las personas, crea el escenario adecuado para que los diferentes puntos de vista acerca

de cómo organizar la sociedad se encuentren, dialoguen, hagan concesiones recíprocas y alcancen acuerdos y transacciones propias de una forma de gobierno que acepta la gradualidad y en la que nadie gana ni pierde todo; decir todo eso —repito— es también pertinente a la hora de explicar cómo patentiza BOBBIO su postulado sobre la bondad de la racionalidad. Como dice el propio BOBBIO, la democracia no corta cabezas, las cuenta, y si no cortar cabezas es algo bueno, contarlas es racional. Eliminar el tiro de gracia del vencedor sobre el vencido es bueno, y sustituir ese tiro por el voto es racional.

Pero, ¿qué decir, en cambio, a propósito de BOBBIO, acerca de religión y religiosidad?

Lo primero que tengo que decir al respecto es que a mí me impresionó mucho el texto con las últimas voluntades de BOBBIO, escrito por él cuando cumplió 90 años, y dado a conocer luego de su muerte. En ese escrito, BOBBIO pidió un funeral civil, no religioso, porque, según dijo, «me he alejado ya demasiado tiempo de la Iglesia para regresar a hurtadillas a última hora». Sin embargo, agregó que creía «no haberme alejado nunca de la religión de mis padres, aunque sí de la Iglesia», añadiendo luego una declaración como ésta: «No me considero ni ateo ni agnóstico. Como hombre de razón y no de fe, se que estoy inmerso en el misterio que la razón no logra penetrar hasta el fondo, y que las distintas religiones interpretan de diversos modos».

«Hombre de razón y no hombre de fe» es un reconocimiento que BOBBIO había hecho en varios de sus escritos anteriores. Una declaración que en uno de sus último diálogos, con Mauricio VIROLI, reiteró con fuerza al decir «mi concepción de la vida es profana, no sagrada», todo lo cual no se compatibiliza bien con la doble negación hecha en el escrito de sus últimas voluntades —«No me considero ni ateo ni agnóstico»—, puesto que un hombre que carece de fe y que está consciente de los límites de la razón para desentrañar el misterio de la existencia es lo que se considera habitualmente un agnóstico.

Entonces, ¿cómo entender que BOBBIO se resista a calificarse a sí mismo como agnóstico? Además, ¿cómo un hombre que dice carecer de fe puede decir que nunca se alejó de la religión de sus padres? ¿Y cómo se concilia una visión profana de la vida contenida en ese mismo diálogo con VIROLI, en las que BOBBIO afirma «soy religioso en cuanto tengo el sentido del misterio que nos rodea, pero no voy más allá?».

No tengo respuestas muy seguras para tales preguntas, salvo la demasiado fácil que consistiría en advertir que, también en este campo, BOBBIO cambia una y otra vez de opinión, porque nunca fue un autor que pensara en línea recta. Con todo, me gustaría señalar que los fenómenos del ateísmo y el agnosticismo están relacionados con la democracia, los derechos humanos, el liberalismo y el socialismo, puesto que, sin llegar a constituir religiones, se trata de cuatro causas de la modernidad que, de algún modo, han reducido las áreas de influencia de la religión y se han enfrentado incluso a ésta.

Por otra parte, BOBBIO, como anticipamos en su momento, distingue "religiosidad" de "religión", donde "religiosidad" significa "tener el sentido de los propios límites", o, si se prefiere, compartir un profundo «sentido del misterio», aunque yo también me pregunto por qué utilizar la palabra "misterio" para aludir a lo que simplemente

ignoramos. "Misterio", quiérase o no, es un término que tiene una connotación religiosa, en tanto que "ignorancia" es una palabra netamente profana. "Misterio" es una realidad arcana que no podemos develar, mientras que "ignorancia" alude meramente a no saber algo, sin admitir necesariamente la posibilidad de que ese "algo" exista.

En fin, concluyo con estas palabras de BOBBIO: «Cuando siento haber llegado al final de la vida sin haber encontrado una respuesta a las preguntas últimas, mi inteligencia es humillada y yo acepto esta humillación. La acepto y no trato de huir de esta humillación con la fe». Pues bien, y si no hubiera respuestas para eso que BOBBIO llama «preguntas últimas», ¿por qué sentir "humillación" por no haber encontrado respuestas a tales preguntas?

Lo que me pregunto, por último, es si BOBBIO echaba o no de menos a Dios, frase que tomo de Enrique TIERNO GALVÁN, quien decía que ser agnóstico «es no echar de menos a Dios», es decir, hallarse satisfactoriamente instalado en la propia finitud. BOBBIO, es claro, no supo de Dios, pero como «no creyente que continúa a pesar de todo permaneciendo en el umbral», ¿tuvo acaso añoranza de Dios?

Gianni VATTIMO, un creyente débil, amigo y compañero de BOBBIO en la Universidad de Torino, dice «Creo que creo», mientras que BOBBIO, un no creyente débil, afirma «Yo creo que no creo». Un creyente en sentido fuerte diría, simplemente, «Creo», en tanto que un no creyente en igual sentido diría «No creo». Es la común expresión «Creo que...» —que «creo» en el caso de VATTIMO, que «no creo» en el de BOBBIO— lo que los hace ser, respectivamente, un creyente y un no creyente en sentido débil.

Pues bien: creyentes y no creyentes débiles son buenas personas para la causa de la paz, cuando menos porque un no creyente débil se rehusará a aceptar fácilmente la idea de que sin Dios todo está permitido, mientras que un creyente débil no aceptará tampoco la idea contraria, es decir, que si hay Dios, y Él está de su lado, todo está permitido, en especial —en este último caso— el rechazo, la discriminación, la persecución o el directo aniquilamiento de los infieles, o sea, de los que no creen lo mismo en que creen los que creen.

Ya ven ustedes cómo esto, incluso al nivel de las solas palabras, se parece bastante a un laberinto, que no es sino una analogía más elegante que aquella otra de las patas de los caballos, que empleé antes. Pero si he querido mostrar este lado de BOBBIO —el de su religiosidad sin religión— es porque creo que algo, o quizás mucho, nos dice acerca de su persona y de su invariable mayor proximidad a la duda que a las certezas.

ARTÍCULOS

EL PROBLEMA DE LA AUTORIDAD: DE NUEVO SOBRE LA CONCEPCIÓN DE LA AUTORIDAD COMO SERVICIO

Joseph Raz *

Universidad de Oxford

RESUMEN. El objeto de este artículo es volver de nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio, examinando algunas de las críticas que se le han dirigido. En la primera sección se exponen los presupuestos metodológicos fundamentales de la concepción. En la segunda sección se esbozan los perfiles generales de la concepción de la autoridad como servicio, así como la manera en la que ésta aborda el problema de la autoridad. En la sección tercera se exponen brevemente una serie de dificultades adicionales a las que se enfrenta la concepción, refinando la teoría y exhibiendo alguna de sus ventajas. En la sección cuarta se examina a grandes rasgos el argumento de que la autoridad, o al menos la autoridad política, presupone un vínculo especial, ausente en la concepción de la autoridad como servicio, entre el gobierno y los gobernados. En la sección quinta se considera la posibilidad de que tal vínculo sea forjado por el consentimiento, mientras que en la sección sexta se examina la posibilidad de que el vínculo se constituya en virtud de *la identificación con* o la *pertenencia a* la comunidad política (o a algún otro grupo).

Palabras clave: Legitimación de la autoridad, la concepción de la autoridad como servicio.

ABSTRACT. The purpose of Raz in this article is to revisit the service conception of authority. The author focuses his attention on some of the objections that were addressed to this conception. In the first section of his work, the fundamental methodological premises of the conception are explained. In the second section, the main features of the service conception are introduced to the reader, as well as how this conception approaches the problem of authority. In the third section, several additional difficulties confronting the conception are explored; all this considerations help the author to perfect his theory, showing then some of its advantages. In the fourth section, it is briefly considered the argument on the special link presumed between government and citizens specifically in the case of political authorities and how this argument is missing in the service conception. In the fifth section, it is taken into consideration the possibility for that link to be forged by consent, whereas in the sixth section, it is considered whether that link should be constituted by identification with or membership of the political community (or any other group).

Keywords: Legitimation of Authority, the Service Conception of Authority.

---

* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Oxford y profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Columbia. En la redacción de este artículo me he beneficiado de diferentes comentarios sobre mis ideas, orales o publicados, de más personas de las que recuerdo. Entre aquellos con los que tengo una deuda de gratitud están Jules COLEMAN, Ronald DWORKIN, Lesley GREEN, Herbert HART, Scott HERSHOVITZ, Heidi HURD, Michael MOORE, Stephen PERRY, Donald REGAN, Philip SOPER y Jeremy WALDRON; la mayoría de ellos encontrará insuficiente mi respuesta a sus comentarios.

El problema que tengo en mente es el problema de la posible justificación de someter la propia voluntad a la de otro y del estatus normativo de las exigencias para hacerlo. La teoría de la autoridad que ofrecí hace muchos años[1] bajo el título de concepción de la autoridad como servicio encaró esta cuestión y asumió que todos los otros problemas relacionados con la autoridad quedan subsumidos en la concepción. Muchos encontraron la teoría implausible. Es poco densa, ya que se basa en muy pocas ideas. Bien puede parecer que es demasiado poco densa y que se aparta demasiado de muchas de las ideas que han ganado aceptación general en la historia de la reflexión sobre la autoridad.

La crítica puede ser radical y rechazar completamente la concepción de la autoridad como servicio. O puede ser más moderada y aceptar la concepción de la autoridad como servicio o algunos de sus rasgos centrales, particularmente la tesis de la justificación normal, en tanto que establece condiciones necesarias para la legitimidad de la autoridad, pero negar que constituyan condiciones suficientes. Generalmente, los críticos moderados sostienen que la autoridad legítima, en todo caso la autoridad política legítima, presupone una conexión especial entre gobernantes y gobernados, vínculo especial que es pasado por alto por la concepción de la autoridad como servicio. Mi propósito es volver al problema de la autoridad y examinar las posiciones moderamente críticas o algunas de ellas. Empezaré explicando en la primera sección algunos presupuestos metodológicos de fondo. En la parte 2 se reiterará brevemente la concepción de la autoridad como servicio y la manera en que se trata el problema de la autoridad. En la parte 3 se desarrolla la concepción de la autoridad como servicio y se elaboran algunas de sus implicaciones, abordando una serie de cuestiones sólo vagamente conectadas y dudas a las que está abierta. En la parte 4 se examina en términos generales el argumento de que la autoridad, en todo caso la autoridad política, presupone un vínculo especial, ausente en la concepción de la autoridad como servicio, entre el gobierno y los gobernados. En la parte 5 se considera la posibilidad de que tal vínculo sea forjado por el consentimiento, mientras que en la parte 6 se comenta la posibilidad de que el vínculo sea constituido por identificación con la comunidad política o pertenencia a la misma (o a algún otro grupo).

1. ALGUNAS OBSERVACIONES METODOLÓGICAS

Para empezar, unas pocas observaciones sobre el enfoque general.

Primero, autoridad, obligación política y obligación de obedecer al Derecho: algunos autores piensan que la llamada obligación política es la obligación de obedecer al Derecho y que uno tiene una obligación de obedecer al Derecho si y sólo si el Derecho o las instituciones jurídicas tienen autoridad legítima. Eso es un error, y lo es aun cuando restrinjamos nuestra atención tan sólo a las autoridades jurídicas. La obligación política es la más amplia de las tres nociones, comprendiendo a las obligaciones que los

[1] Algunas de las ideas básicas aparecen en RAZ, J., 1979: *The authority of law;* los principales elementos de la concepción de la autoridad como servicio están establecidos en RAZ, J., 1986: *The morality of freedom.*

miembros de una comunidad política tienen hacia ella, o hacia sus instituciones y orden político, en virtud de su pertenencia a dicha comunidad. Ella incluye mucho más y mucho menos que una obligación de obedecer al Derecho. Más, porque incluye algunos deberes de buen ciudadano en formas que tienen poco que ver con el Derecho. Se trata de deberes como el de reaccionar contra la injusticia perpetrada por o en nombre de la comunidad, el de contribuir a su funcionamiento adecuado (p.e., votando y siendo activo de diversas maneras) y otros. Requiere menos que obedecer al Derecho, en tanto que buena parte del Derecho no tiene nada que ver con la comunidad política. Si tomo la manzana de mi vecino y me la como puedo estar violando al Derecho, pero es improbable que esté haciendo algún daño a la comunidad. No es necesario que las obligaciones de obedecer al Derecho dependan de la legitimidad de sus autoridades. Podrían existir varias razones, incluso razones morales, para obedecer al Derecho de un país cuyas autoridades jurídicas no son legítimas. A menudo se piensa que proporcionan tales razones consideraciones relativas a la estabilidad y la protección de intereses adquiridos[2]. Finalmente, vale la pena mencionar que tenemos deberes políticos que no dependen ni de la pertenencia a una comunidad política ni de estar sometido a sus leyes. El deber de RAWLS de sostener y apoyar instituciones justas es de este tipo, y se aplica a todos nosotros, con respecto a cualquier institución justa, en cualquier lugar en que se encuentren[3]. Este artículo se ocupa exclusivamente de la naturaleza de la autoridad.

Segundo, poder y derecho: en nuestro uso común del concepto de autoridad, poder y derecho a mandar se entremezclan. Cualquier intento por separarlos está destinado a tener algo de artificial. Sin embargo, debemos hacerlo, porque parecen estar interrelacionados de alguna manera sistemática que invita a describir sus contribuciones distintivas al concepto de autoridad. Mi sugerencia fue que incluso la noción de *mera* autoridad *de facto* (aquella que ejercita poder sobre sus súbditos pero que carece del derecho para hacerlo) implica la de legitimidad. Lo que hace a las meras autoridades *de facto* diferentes de las personas o grupos que ejercen el poder desnudo (p.e. aterrorizando a una población, o manipulándola) es que las autoridades *de facto* pretenden, y aquellos que tienen el poder desnudo no, tener un derecho a gobernar a aquellos sometidos a su poder. Ellas pretenden legitimidad. Ellas actúan, como yo digo, so pretexto de legitimidad[4].

Por otro lado, sugerí que las autoridades legítimas no son siempre autoridades de facto. Cabe sostener que el gobierno legítimo de Polonia en 1940 era el gobierno en el exilio en Londres, aunque no gozara de poder sobre la población de Polonia[5]. La

---

[2] Varios sistemas jurídicos reconocen tales razones al tener doctrinas que otorgan efecto jurídico a las autoridades *de facto.*

[3] Véase RAWLS, J., ed. rev. 1999: *A theory of justice,* pp. 293-294.

[4] Incluso aquellos que no pretenden un derecho a gobernar pretenden —dejando a un lado casos excepcionales— que ellos tienen permitido actuar como lo hacen, que sus acciones son defendibles. Pero ellos no pretenden que aquellos sobre quienes ejercen el poder les deben obediencia, es decir, que tengan un deber de obedecerlos. Están satisfechos con ser capaces de hacerlos obedecer, mediante amenazas creíbles o de alguna otra manera.

[5] Posiblemente el gobierno en el exilio gozó de algunos poderes *de facto* (había un ejército polaco —también en el exilio— que lo reconoció, etc.), pero su legitimidad no dependía de la posesión de ese poder. Su legitimidad dependía, sin embargo, de un hecho no normativo, de ser reconocido como legítimo por la mayoría de la población polaca y por algunos otros países. En otras circunstancias la legitimidad

metodología resultante también se aplica a la clarificación de otros conceptos: hay una clase de conceptos normativos que tienen un uso secundario, en el cual indican una pretensión por parte de sus usuarios, o de algunos de ellos, de que ellos se aplican en su sentido primario, normativo; pretensión que puede ser errónea. El concepto más importante de este tipo es el de razón (normativa)[6]. Una razón para una acción es una consideración que presenta su elección inteligible y que cuenta a su favor. Pero cuando digo que «mi razón para salir fue que temía perder el último autobús», indico la razón que creí que tenía en ese momento para salir (el hecho de que iba a perder el último autobús si no salía), sin estar comprometido con el hecho de que haya existido efectivamente tal razón.

Si eso es correcto, entonces el concepto de autoridad legítima tiene prioridad explicativa sobre el de mera autoridad *de facto.* El segundo presupone al primero, pero no al revés. De aquí en adelante, "autoridad" se refiere a autoridad legítima.

Tercero, posesión y aplicación del concepto: no es literalmente verdadero que "autoridad" sea un concepto que sólo se aplica a personas que piensan que se aplica a ellas. Puede haber autoridades que no pretendan tener autoridad. Sin embargo, como se acaba de explicar, las autoridades *de facto* sí pretenden tener autoridad legítima y, como se verá más adelante, las autoridades políticas generalmente la pretenden. La pregunta que surge es si es una condición de adecuación de una explicación del concepto de autoridad que aquellos que tienen autoridad por lo menos implícitamente acepten la explicación como correcta. (Por otro lado, ¿se puede aceptar una explicación del concepto como de validez limitada, en el sentido de sólo aplicarse a las personas —quizás en ejercicio de la autoridad o quizás sometidas a la autoridad— que, por lo menos implícitamente, la toman como una explicación verdadera?).

No. Si las personas disputan una teoría de la autoridad que, por otra parte, está bien fundada, cometen un error. La concepción de la autoridad como servicio es una teoría de la autoridad que incluye una explicación de lo que es tener autoridad, de lo que es estar sometido a la autoridad, cuándo uno tiene autoridad o está sometido a ella, y preguntas similares. La teoría no es acerca de lo que la gente piensa que es tener autoridad o estar sometido a ella, sino acerca de lo que es tenerla o estar sometido a ella. Es compatible con afirmaciones que digan que las personas tienen diferentes creencias acerca de estas cuestiones, aunque se siga de la teoría que las suyas son creencias equivocadas. ¿Se sigue que son culpables de una confusión conceptual? Peor aún, ¿se sigue que no conocen su propio idioma? Claro que no. Si tienen creencias falsas sobre la autoridad (no meramente sobre los poderes de las personas que realmente tienen autoridad), entonces tienen el concepto de autoridad, tienen alguna comprensión de lo que involucra. Pero su comprensión es parcial y en parte incorrecta.

---

puede depender de las posibilidades del gobierno de lograr un control eficaz. Esto permite mantener la distinción entre autoridad sin el poder de ejercerla eficazmente y alguien que tiene derecho a tener autoridad (por ejemplo, fue debidamente elegido) pero no la tiene (p.e., porque no fue admitido para el cargo para el que fue elegido). Contrasta con este caso un padre que tiene autoridad sobre su hijo aun cuando carece de poder sobre él.

[6] Las califico como "normativas" para distinguirlas de las razones explicativas, que son simplemente hechos o acontecimientos que explican cómo o por qué son las cosas.

Nuestra comprensión de los conceptos normalmente lo es. Deja mucho espacio para errores y desacuerdos[7].

Cuarto, esperanzas de neutralidad: algunos autores entienden que su tarea es proporcionar una explicación normativamente neutral de los conceptos normativos, tal como el de "autoridad", que sea consistente con cualquier opinión normativa posible[8]. No está claro si hay un sentido en el cual ésta pueda ser una exigencia razonable. Si sólo es satisfecha explicando conceptos normativos exclusivamente en términos no normativos (o no evaluativos), equivale a un requisito de reducción semántica de todos los conceptos normativos a los que se aplica, y en esa forma no hay ninguna razón para aceptarla como un requisito metodológico general. Por otro lado, se puede entender que requiere que, aunque las explicaciones de los conceptos normativos pueden basarse en otros conceptos normativos o evaluativos, éstos deben ser tales que cualquiera, cualesquiera que sean sus creencias normativas o valorativas, se encuentra comprometido a aceptar que posiblemente[9] tengan casos que lo ejemplifiquen que sean verdaderos (o válidos). Así entendido, el requisito tiende a una reducción semántica de términos normativos o evaluativos densos a finos. No está claro, sin embargo, que muchos términos normativos cumplan este requisito. Es dudoso que muchos conceptos densos puedan reducirse a finos.

Quizás el requisito de neutralidad tenga que ser entendido como una cuestión de grado: cuanto más se aproxime una explicación a satisfacerlo, mejor explicación es, siendo las otras cosas iguales. Después de todo, las explicaciones que cumplen este requisito, o más bien los conceptos que ellas explican con éxito, pueden ser aceptados y usados por las personas, cualesquiera sean sus creencias normativas.

Algunas personas piensan que la explicación de la autoridad debe ser normativamente neutral en otro sentido. Piensan que la explicación de la autoridad debe ser tal que sea posible para la proposición "X tiene autoridad sobre Y" tener casos que la ejemplifiquen que sean verdaderos; que sea posible que alguien sea autoridad legítima sobre otros. Llamemos al primer tipo de neutralidad normativa "neutralidad explicativa", y al segundo tipo "neutralidad existencial".

La neutralidad existencial tiene la ventaja de no chocar con la opinión de que puede haber autoridades legítimas, una opinión que es ampliamente sostenida, y que lo ha sido a lo largo de la historia, dondequiera que las personas tuvieron una opinión sobre el tema. La gente puede cometer errores, incluso errores normativos; sin embargo, una explicación de un concepto que es ampliamente usado, y que más o menos universalmente se cree que tiene aplicaciones, pero que, en combinación con creencias normativas verdaderas, implica que no tiene ninguna, tiene la difícil tarea de dar cuenta de cómo es que la gente está tan equivocada.

Es posible exagerar la dificultad de la tarea. Primero, es posible explicar cómo es que las personas están generalmente equivocadas sobre la posibilidad de la autoridad

---

[7] Véase Raz, J., 2001: «Two Views of the Nature of the Theory of Law: A Partial Comparison», *Hart's postscript 1* (Jules Coleman ed.).

[8] Por ejemplo, si una explicación correcta del deshonor implica que *a)* aquellos que actuaron deshonrosamente merecen ser matados, y *b)* que cualquiera que traiciona la confianza actuó deshonrosamente, entonces esa explicación se contradice con mis opiniones normativas.

[9] En el sentido no epistémico de "posiblemente".

legítima sin necesidad de atribuirles una equivocación gruesa sobre el concepto. Su error, si es que están equivocadas, bien pudiera estar en algunas de sus creencias normativas, más que en su comprensión conceptual[10]. Segundo, los conceptos tienen una historia, y las condiciones de su persistencia o identidad a través del tiempo son, en el mejor de los casos, muy vagas. Por lo tanto, puede ser que la imposibilidad de la autoridad legítima sea la imposibilidad de existir ejemplos de nuestro concepto actual de autoridad. Posiblemente, bajo algunos ascendientes de nuestro concepto la autoridad legítima fue posible. Lo contrario también es posible, y aún más probable. Una fuente de presión para el cambio del concepto puede haber sido una creciente conciencia de que el concepto entonces prevaleciente no tenía ningún caso que lo ejemplificase (p.e., si alguna vez el concepto de autoridad fue tal que tenía que derivar de la autoridad divina, entonces, el reconocimiento de la imposibilidad de la autoridad divina puede haber fomentado el cambio en el concepto, un cambio que le hizo posible tener casos que lo ejemplificasen, al menos a los ojos de la gente en ese momento).

La teoría que ofrezco tiene casos que ejemplifican el concepto. Pero el obstáculo de ir en contra de la opinión popular puede ser mayor o menor. Por ejemplo, mi teoría tiene como consecuencia que es probable que las autoridades políticas tengan una autoridad más limitada que la que muchas de ellas, quizá todas, pretenden tener, y que la gente generalmente creen que tienen. Ello aún exige explicar por qué las personas están tan equivocadas[11], aunque, siendo el error atribuido de menor largo alcance, la carga de la explicación también es mucho menor.

Mis anteriores comentarios explicaron qué ventajas encuentro tanto en la neutralidad explicativa como en la existencial. Son insuficientes, sin embargo, para hacer a cualquiera de ellas un principio metodológico. Sospecho que la exigencia de neutralidad explicativa es imposible de satisfacer (es decir, las explicaciones que la satisfacen, si es que existen, son defectuosas en otro sentido). No hay demasiada plausibilidad en ella. No esperamos que todos los conceptos científicos, por ejemplo, sean explicativamente neutros en el sentido de que sus casos de aplicación sean consistentes con todas las teorías científicas posibles. Algunos conceptos científicos pueden trascender a su teoría o pueden trascenderla en mayor o menor medida. Pero muchos no pueden hacerlo. *Mutatis mutandis,* lo mismo ocurre, sospecho, con los conceptos normativos. Las mismas consideraciones podrían excluir el requisito de la neutralidad existencial. Dejando a un lado los casos especiales, no es un requisito que normalmente impongamos en la explicación de otros conceptos, y no parece haber motivos para imponerlo a los conceptos normativos, en general, o al de autoridad, en particular.

La esperanza de neutralidad se puede expresar en el requisito de que la teoría de la autoridad debe explicar lo que se sigue cuando alguien tiene autoridad, pero no

---

[10] Abundando en precauciones, permítaseme ampliar aquí: no hay ninguna implicación en los puntos arriba señalados de que una explicación de un concepto para ser correcta tenga que ser una generalmente disponible para aquellos que tienen el concepto. Hay muchos aspectos de un concepto de los que sus usuarios pueden no ser conscientes, y muchos los errores que pueden cometer acerca del mismo. La afirmación meramente fue que se necesitaría una buena explicación acerca de cómo una creencia equivocada sobre la posibilidad de casos que ejemplifiquen el concepto, en nuestro caso una creencia en la posibilidad de autoridades legítimas, pasó a estar tan extendida.

[11] Éste fue un punto que me señaló en privado H. L. A. Hart.

incluirá nada acerca de las condiciones bajo las cuales se puede adquirir o sostener autoridad. Para que este requisito tenga sentido, tiene que ser el caso no sólo de que quien proponga la teoría no escriba sobre las condiciones bajo las cuales se sostiene la autoridad, sino de que tampoco se siga nada de la teoría con respecto a las condiciones que hacen a alguien ser una autoridad. Éste parece ser un requisito imposible de satisfacer: ¿cómo podría ser que la manera de justificar una pretensión de que se tiene autoridad no se ve afectada por, en realidad no es guiada por, lo que tiene que ser justificado, a saber, las consecuencias de tener autoridad?

Hay aún así una diferencia entre las dos partes de la teoría de la autoridad. Podemos razonablemente esperar que una teoría de la autoridad especifique, aunque sea de manera abstracta, todas o al menos las principales consecuencias de tener autoridad. Sin embargo, más allá de decir que las condiciones bajo las cuales uno sostiene autoridad son aquellas que justifican atribuirle autoridad —a saber, atribuirle a sus acciones las consecuencias que se siguen de tener autoridad—, no está claro que uno pueda razonablemente esperar una especificación completa de esas condiciones. Si uno ofrece algunas condiciones suficientes para tener autoridad, surge la pregunta: ¿se puede sostener que ninguna otra condición establece a alguien como autoridad? Demostrar un negativo existencial es notoriamente difícil, y aunque intenté hacer exhaustiva a la teoría que después expondré, no tengo un argumento para mostrar que lo es.

Quinto, posesión de un concepto y límites de su aplicación: la observación sobre la historicidad del concepto de autoridad requiere de un par de breves clarificaciones. Implica dos posibilidades: primero, que hubo un tiempo en el cual el concepto no existía en absoluto y, segundo, que nuestro concepto es un descendiente de conceptos anteriores. Es plausible pensar que los dos son tomados en cuenta, lo que explica cómo es usado el término: a veces para referirse a la serie entera de conceptos que son los ascendientes de nuestro concepto, a veces exclusivamente a nuestro concepto.

¿No se sigue que hay un concepto más amplio, que se usa siempre que usamos el término de la primer manera, o sea, para referirnos a lo que llamé la serie entera de conceptos ascendientes? ¿Y no es éste el concepto verdadero de autoridad? Sí y no. Sí, porque existe tal concepto general. No, porque es engañoso identificar el concepto general con el concepto de autoridad *simpliciter.* La razón principal es que la manera, y pienso que la única manera, en que la noción amplia puede ser identificada es como yo la identifiqué: históricamente, como el concepto que se aplica a todos los casos de lo que llamé "nuestro" concepto de autoridad y a los de sus ascendientes (más que por sus rasgos ahistóricos). "Nuestro" concepto es el concepto de autoridad, aunque sólo sea porque él es nuestra vía de acceso a todos sus ascendientes, que se identifican por sus relaciones con él.

También es cierto que necesitamos el concepto más amplio, o más bien que regularmente nos basamos en él. Por ejemplo, y crucialmente, no puede haber ninguna autoridad *de facto* entre personas que no tengan el concepto de autoridad, porque tener autoridad *de facto* es, entre otras cosas, pretender autoridad legítima. Se sigue que cuando hablamos de autoridades *de facto* existentes en la Edad Media, o en el Japón del siglo XV, o en la Persia antigua, nos basamos en algo como el concepto amplio: en ese tiempo había personas u organismos con poder sobre poblaciones que

pretendieron autoridad sobre ellas, utilizando aquí el ascendiente apropiado de nuestro concepto, o el concepto amplio que incluye a todos los ascendientes.

Un concepto es un concepto ascendiente si el concepto que le sucede surgió como una modificación del concepto ascendiente, y conservó suficiente similitud a él, en sus rasgos o en su función. La relación no es típicamente tan sólo de similitud. Contiene un componente causal contingente. De manera típica, si ello no se diera, como cuando nos encontramos en una cultura diferente con un concepto no causalmente relacionado pero similar, identificaríamos al concepto simplemente así: «Ellos —diríamos—, también tenían un concepto como (o similar a) nuestro concepto de...». Por otro lado, la similitud es parte de la relación ancestral, ya que de otra manera no tendríamos ningún criterio para distinguir entre un concepto que es modificado por uno sucesor y uno que es rechazado en favor de otro alternativo.

Huelga decir que, dado que el concepto amplio es identificado por sus relaciones con nuestro concepto y sus ascendientes, y dado que "nuestro" concepto puede cambiar con el tiempo y adquirir más ascendientes, el concepto global que ahora tenemos es diferente del que teníamos o tendremos, cuando "nuestro" concepto fue diferente o será diferente.

Sexto, explicación y defensa: sigo refiriéndome a "nuestro" concepto de autoridad. Pero ¿existe tal cosa? ¿No hay acaso varios conceptos, todos ellos descendientes de los mismos ascendientes? Es bastante posible que así sea. Cada persona al usar el concepto de autoridad usa su concepto y debe permitir la posibilidad de que haya varios. Ello no lleva a una explosión de conceptos. La razón es simple: en el uso de conceptos concedemos que somos ignorantes acerca de muchos aspectos relativos a ellos, que podemos usarlos incorrectamente, y que su carácter viene determinado por las reglas que gobiernan su uso en la comunidad, reglas cuya comprensión completa puede escapar a alguno o, de hecho, a todos nosotros. Al conceder la posibilidad de, por lo menos, ignorancia parcial respecto de la naturaleza de nuestros conceptos, reconocemos que los conceptos son entidades sociales y que deben sus rasgos a una comunidad de hablantes de maneras tales que pueden escapárseles a cualquiera de ellos o, de hecho, a todos ellos. Esto significa que nuestros conceptos no son muy idiosincrásicos, que existen conceptos comunes, aun cuando podemos no conocer todos sus rasgos.

Ni que decir tiene, si hay una serie de conceptos de autoridad prevalentes en una misma sociedad, es probable que compitan entre sí. Los límites entre ellos son fluidos, y quienes usan cada uno afirman su mérito propio, y (si son conscientes, aunque sólo sea vagamente, de la existencia de los otros) encuentran una razón para preferirlo a los otros. Esto significa que cada explicación de un concepto también puede ser usada en la batalla de los conceptos, cuando exista tal batalla; es decir, se puede usar para defender los méritos de un concepto frente a sus competidores.

La indeterminación de los conceptos es otro factor que obliga a que todas las explicaciones entren, si tienen éxito, en la tarea de la defensa. Las explicaciones pueden procurar reproducir las indeterminaciones de los conceptos que explican, pero es casi imposible reproducirlas perfectamente, y el éxito de la explicación ejercerá inevitablemente alguna influencia en el cambio del concepto para hacerlo conformarse con su explicación.

2. LA CONCEPCIÓN DE LA AUTORIDAD COMO SERVICIO EN POCAS PALABRAS

La concepción de la autoridad como servicio está guiada por dos problemas, uno teórico y otro moral. Partiendo de la idea común, a la que en términos generales y con las reservas y aclaraciones apropiadas me sumo, de que la autoridad es un derecho a gobernar, la pregunta teórica es cómo entender la existencia de una directiva autoritativa (que es como llamaré al producto del ejercicio del derecho a gobernar). Si fue emitida por quien tiene un derecho a gobernar, entonces sus destinatarios están obligados a obedecer. La directiva es vinculante para ellos, y ellos tienen el deber de obedecerla[12]. Pero ¿cómo puede ser que el solo decir de una persona constituya una razón, un deber, para otra? ¿Es tan fácil crear deberes de la nada?

La pregunta moral es ¿cómo puede ser que alguien tenga un deber de someter su propia voluntad y juicio a los de otra persona? Por supuesto, somos afectados por otros y por las acciones de otros de innumerables maneras. A menudo actuamos para inducir a otros a ayudarnos o a no ponernos trabas, a colaborar con nosotros en empresas comunes, a evitar herirnos o a tornar sus acciones en nuestro beneficio. Pero el caso de la autoridad es especial. Las directivas emitidas por la autoridad aspiran a constituir razones para sus súbditos y son vinculantes para ellos porque fueron pensadas para que lo sean. Si reconocemos un deber de obedecerlas reconocemos que tienen un derecho a darnos órdenes, no sólo a afectar las circunstancias que conforman nuestras oportunidades y obstáculos en nuestro camino. Las autoridades nos dicen qué intentar hacer, con el objetivo de lograr cualquier meta que ellas persigan ordenando nuestra voluntad. ¿Puede algún ser humano tener tal poder normativo sobre otro? ¿Puede en algún caso ser correcto reconocer a otro tal poder sobre uno mismo?

El problema teórico es similar al que presentan las promesas (y todas las empresas voluntarias). Al prometer imponemos sobre nosotros mismos obligaciones que antes no teníamos, y lo hacemos simplemente comunicando una intención de hacerlo. Al ejercer autoridad imponemos a otros deberes que antes no tenían, y lo hacemos simplemente expresando una intención de hacerlo[13]. ¿Cómo la acción de comunicar intenciones de crear razones u obligaciones (para nosotros mismos o para otros) puede crearlas tan sólo porque comunican esas intenciones?

Un comienzo de respuesta es advertir que básicamente no hay nada especial en tales casos. Varias de nuestras acciones contraen obligaciones. A menudo se asume que concebir y dar a luz a un niño es un caso tal. Otro es infringir los derechos de

---

[12] Las autoridades hacen mucho más que imponer deberes. Pero cualquier cosa que hagan —conferir poderes o derechos, conceder permisos o inmunidades, cambiar estatus, crear y extinguir personas jurídicas (sociedades y similares), regular las relaciones entre los órganos de personas jurídicas, y mucho más— lo hacen imponiendo deberes, reales o condicionales. Por consiguiente, como hacen en general los autores sobre la autoridad, yo continuaré discutiendo el problema de la autoridad en relación con su derecho a imponer deberes.

[13] En ambos casos, algunas veces la persona colocada bajo una obligación ya tenía una obligación de realizar el mismo acto. «Una obligación que antes no tenía» no significa una obligación de hacer algo que hasta entonces no tenía ninguna obligación de hacer. La obligación es nueva aun cuando ya existiese otra obligación para realizar el mismo acto.

otras personas (genera una obligación de reparar, etc.). Las afirmaciones de que tenemos una obligación debido a lo que hicimos o debido a cómo actuamos son verdaderas, en su caso, en virtud de razones generales a favor de que quienes actuaron de determinadas maneras tengan determinadas razones u obligaciones. Se asume que existen razones generales para cualquiera que tenga un niño de cuidarlo, una razón general para cualquiera que viola el derecho de otros de compensarlos, y así sucesivamente.

Las promesas y las autoridades no son ninguna excepción. No siempre que alguien actúa con la intención de contraer una obligación hacia alguien realiza una promesa vinculante. Una promesa sólo es vinculante si la acción prometida es de una clase respecto de la cual hay razones suficientes para mantener al promitente vinculado por su promesa. Esto significa que, para ser vinculantes, las promesas deben reunir muchas condiciones: el promitente debe ser capaz de conocer el significado de su acción, debe ser capaz de tener una comprensión razonable de sus consecuencias probables y, lo más importante, *a)* el acto prometido debe pertenecer a una clase de acciones tal que el ser capaz de hacer tales promesas refuerza el control de las personas sobre sus vidas, y *b)* el acto no debe ser gravemente inmoral, etc. Ni una promesa de ser esclavo ni una promesa de hacer a alguien esclavo es vinculante, y así sucesivamente.

La pregunta teórica sobre la naturaleza de la autoridad se responde de manera similar. Una persona puede tener autoridad sobre otra sólo si hay razones suficientes para que esta última esté sometida a deberes cuando así lo diga la primera. Ello, claro, aunque sea probablemente correcto, no nos dice cuándo una persona tiene autoridad sobre otra. Ni siquiera establece que alguien pueda en algún caso tener autoridad. Pero establece lo que se tiene que dar si algunas personas tienen autoridad sobre otras. Eso es todo lo que se puede pedir a una teoría general de la autoridad, a saber, que establezca lo que considera que ha de darse para que exista una autoridad legítima, más que mostrar quién tiene autoridad sobre quién y con respecto a qué. Esta última tarea es una cuestión de evaluar casos individuales. Pero, por supuesto, una teoría general de la autoridad puede, aun no estableciendo quién realmente tiene autoridad, decir mucho más acerca de las condiciones bajo las cuales las personas están sometidas a la autoridad. En particular, esperaríamos que encarase el problema moral acerca de la autoridad, a saber, ¿cómo puede ser consistente con ser persona el estar sujeto a la voluntad de otro de la manera en que uno lo está cuando se encuentra sometido a la autoridad de otro?

La sugerencia de la concepción de la autoridad como servicio es que la pregunta moral se responde cuando se cumplen dos condiciones y con respecto a los problemas en relación con los cuales esas condiciones se cumplen: primera, que el sometido se conformaría mejor con razones que de todos modos le son aplicables (es decir, con razones distintas de las directivas de la autoridad) si intenta[14] ser guiado por las directivas de la autoridad que si no lo hace (me referiré a ella como la tesis o condición de la justificación normal). Segunda, que las cuestiones respecto de las cuales se reúne la primera condición son tales que en relación a ellas es mejor conformarse con la razón

[14] Quizás debería decir "tratar" más que "intentar" para cubrir los casos donde, aunque uno intenta ser guiado por la autoridad, fracasará por debilidad de la voluntad y, por tanto, haría mejor en ignorar a la autoridad e intentar conformarse con las razones de fondo. Probablemente existan interminables refinamientos de este tipo, que no intentaré proporcionar y que probablemente sean imposibles de enumerar.

que decidir por uno mismo, sin la ayuda de la autoridad (me referiré a ella como la condición de independencia).

Los ejemplos simples de regulaciones relativas a actividades o materiales peligrosos ilustran el punto. Puedo evitar mejor ponerme en peligro a mí y a otros conformándome con el Derecho sobre distribución y uso de productos farmacéuticos. Puedo confiar en los expertos cuyo consejo muestra que conocen lo que es peligroso en estas cuestiones mejor de lo que yo puedo juzgar por mí mismo, hecho que es reforzado por mi confianza en la conformidad de otras personas al Derecho, lo cual me permite actuar con una seguridad que de otro modo no tendría. Por supuesto que nada de ello es necesariamente así. El Derecho puede reflejar los intereses de las compañías farmacéuticas y no los de los consumidores. Si eso es así podría carecer de autoridad sobre mí porque no reúne la condición de la justificación normal[15]. Pero si cumple la condición de la justificación normal es probable que también cumpla la condición de independencia. Las decisiones sobre la seguridad de los productos farmacéuticos no son la clase de decisiones personales respecto de las cuales debo decidir por mí mismo en lugar de seguir a la autoridad. Ellas no me exigen usar ninguna droga, etc., y en este sentido son diferentes de las decisiones acerca de someterse a una medicación o tratamiento, donde bien podemos sentir que debo decidir por mí mismo, en lugar de ser mandado por la autoridad.

Dije que las dos condiciones resuelven la pregunta moral sobre la autoridad. Pero ¿en qué sentido lo hacen? Pueden anticiparse varias objeciones. La condición de independencia, puede objetarse, meramente reitera el problema y no ayuda a solucionarlo. Toda la cuestión en relación con el problema moral es que actuar por uno mismo es lo más importante. ¿Qué ganamos con decir que la autoridad es legítima sólo cuando actuar por uno mismo es menos importante que conformarse con la razón?

Otra objeción a la condición de independencia consiste en que la misma sugiere que se puede comparar la importancia de conformarse con la razón con la importancia de decidir por uno mismo independientemente de la autoridad. Pero esto, dice la objeción, no se puede hacer: las dos son preocupaciones muy diferentes, inconmensurables. ¿No hay nunca una respuesta a la pregunta de cuál de las dos es más importante? Dudo que esta objeción sea válida. Parece estar basada en la premisa de que las preocupaciones que subyacen a las razones con las cuales debemos conformarnos y las que subyacen a la razón para actuar independientemente de la autoridad no tienen nada que ver entre sí. Pero eso no es así.

Algunas de las razones para confiar en el propio juicio derivan de la necesidad de cultivar la habilidad de confiar en uno mismo, simplemente porque a menudo uno no tiene nadie más en quien confiar. El caso más claro es la manera en que los padres deben otorgar a sus hijos libertad para decidir por sí mismos en un rango de cuestiones que gradualmente se vaya ensanchando, a pesar de saber que ellos, los padres, harían una mejor elección para sus hijos en el caso de decidir ellos sobre esas cuestiones. Ésa es la manera en que los niños aprenden a decidir por sí mismos y a con-

[15] Tan sólo a efectos del ejemplo he ignorado el complicado hecho de que la autoridad del Derecho es más amplia que la relativa a la posesión y uso de productos farmacéuticos. Esto plantea la cuestión de la unidad de evaluación en la determinación de la legitimidad de las autoridades, que se discutirá más adelante.

vertirse en seres autosuficientes. Hay otras razones para decidir por uno mismo. Ciertas cuestiones, de acuerdo a las formas sociales de varias culturas, tienen que ser decididas por uno mismo. Por ejemplo, mientras que en algunas formas de matrimonio los padres escogen a los esposos, en otras ni los padres ni ninguna otra persona se espera que tenga algo que decir sobre el asunto. En tales casos no se puede entablar la relación, o embarcarse en el bien o en la actividad, a menos que uno lo haga por sí mismo, no a través de un agente ni siguiendo a un superior.

El primer argumento de la autoconfianza (padres e hijos) es instrumental cuando el fin es asegurar lo que la conformidad con la razón, a la larga, asegurará; el segundo argumento (matrimonio) depende del hecho de que haya razones que sólo pueden ser satisfechas por una acción independiente [16]. Ambos rastrean las preocupaciones que hay detrás de la independencia de vuelta a las preocupaciones por la satisfacción de razones. La idea de que las dos preocupaciones nunca se cruzan y son inconmensurables es injustificada. La cuestión acerca del rol de lo que llamé independencia también involucra otras consideraciones, quizás más fundamentales. No somos totalmente nosotros mismos si demasiadas de nuestras decisiones no son tomadas por nosotros, sino por agentes, autómatas o superiores. Por el otro lado, a veces es nuestro deber, nuestro deber moral si se quiere, aceptar a la autoridad. A veces —por ejemplo, en la escena de un accidente— la coordinación, que en esas circunstancias requiere reconocer a alguien que esté a cargo del rescate, es esencial para salvar vidas. Debemos ceder ante la autoridad cuando haya alguien capaz de jugar ese rol. En la esfera política existen muchos casos menos dramáticos análogos a tales situaciones, en los cuales un bien sustancial está en juego, un bien respecto del cual tenemos razones morales para asegurarlo para nosotros mismos y para otros, pero que puede en esas circunstancias ser asegurado mejor cediendo ante una autoridad coordinadora. Estos casos justifican renunciar a decidir por uno mismo, y no implican ninguna amenaza a la autenticidad de nuestra propia vida o a nuestra capacidad para llevar una vida autosuficiente y autónoma. Nada de esto niega que a menudo las dos preocupaciones, la que se satisface conformándose con las razones y la que lo hace actuando según el propio juicio, puedan ser radicalmente diferentes, y los argumentos a favor de la conformidad o a favor de la independencia pueden ser inconmensurables, con el (incómodo) resultado de que si uno está, entonces, sometido o no a la autoridad queda indeterminado.

La otra objeción a la condición de autonomía no se puede desestimar tan fácilmente. Debe ser enfrentada no con una refutación sino con una desviación. En efecto, la condición de independencia aporta poco a la resolución del problema. Ésa no es su tarea. Meramente enmarca la cuestión. Parte de la respuesta al desafío moral a toda autoridad está en la primera condición, que dice que la autoridad puede ser legítima si la conformidad con ella mejora la conformidad por uno mismo con la razón [17]. Ella proporciona la clave para la justificación de la autoridad: la autoridad ayuda a nues-

[16] Recurrí a la noción de razones de segundo orden para expresar tales situaciones. Ellas implican razones para actuar por una cierta razón, y la facultad de la razón se desprende de su función cuando nos conformamos con esa razón de segundo orden.

[17] Por razones de brevedad usaré esta y otras nuevas formulaciones similarmente inexactas de la primera condición.

tra capacidad racional cuya función es asegurar la conformidad con la razón. Permite a nuestra capacidad racional alcanzar su propósito con más éxito. Estas observaciones expresan una manera de entender nuestra capacidad general de guiar nuestra conducta (y más ampliamente nuestra vida) por nuestro propio juicio. El propósito de esta capacidad general es permitirnos conformarnos con las razones que se nos presentan en cualquier momento dado. Es la conformidad alcanzada por el ejercicio del juicio propio. Valoramos la habilidad de ejercer nuestro propio juicio y de confiar en él para la acción, pero es una capacidad que valoramos por su propósito, que es, por su misma naturaleza, asegurar la conformidad con la razón. Esta tesis es completamente general. Cierto que el valor de muchas de nuestras capacidades no debe ser reducido únicamente al valor de su uso. Pero, incluso cuando su valor también refleja el valor de la libertad de usar nuestras capacidades o no[18], su valor depende del valor de su uso con éxito.

El valor de nuestra capacidad racional, es decir, de nuestra capacidad de formarnos una opinión sobre nuestra situación en el mundo y de actuar bajo esa luz, deriva del hecho de que hay razones que debemos satisfacer y de que esta capacidad nos permite hacerlo. No es, sin embargo, nuestra única manera de conformarnos con las razones. Por ejemplo, estamos programados para estar alerta ante ciertos peligros y reaccionar a ellos instintivamente y sin deliberación, como cuando reaccionamos al fuego o al movimiento súbito en nuestra proximidad inmediata. En otros contextos hacemos mejor siguiendo nuestras emociones que razonando nuestro camino hacia la acción. Estos ejemplos sugieren que el valor primario de nuestra habilidad general de actuar por nuestro propio juicio deriva de la preocupación de conformarnos con razones, y esa preocupación puede ser satisfecha en una variedad de formas. Por consiguiente, no es sorprendente que nos encontremos con que también se satisface en formas que se aproximan a obedecer a la autoridad, tales como hacer votos, recibir consejo, vincularse a otros mucho antes del momento de la acción con una promesa a actuar de cierta manera, o confiar en artefactos técnicos que "toman decisiones por nosotros", como cuando ponemos despertadores, limitadores de la velocidad, etc.

Tanto el guiarnos por nuestras emociones como el guiarnos por nuestro juicio (sin ser necesariamente estas condiciones mutuamente excluyentes) son componentes de algunas actividades y relaciones que son valiosas en sí mismas, dando lugar a casos en los que la condición de independencia para la legitimidad no se satisface. De la misma manera, puede haber otras formas de actividad, actividades y empresas colectivas, que son valiosas en sí mismas y que inherentemente implican ceder a decisiones tomadas por otros. Las condiciones de legitimidad están abiertas a diferentes perspectivas sobre lo que es y lo que no es valioso o merece la pena. Ellas meramente establecen cómo las conclusiones sobre tales asuntos influyen en la cuestión de la autoridad.

Al postular que las autoridades son legítimas sólo si sus directivas permiten a sus súbditos conformarse mejor con la razón, vemos a la autoridad como lo que es: no

---

[18] De hecho, aun cuando podemos manipularnos a nosotros mismos, a través del abuso de drogas o de alguna otra manera, para perder, por un período corto o largo, el uso de nuestra capacidad racional, ésta no es una capacidad que podamos usarla o abstenernos de usarla a voluntad, como sí podemos hacerlo con nuestra capacidad para leer libros.

una negación de la capacidad de la gente para la acción racional, sino simplemente un mecanismo, un método, a través de cuyo uso la gente puede alcanzar la finalidad *(telos)* de su capacidad de acción racional, aunque no a través de su uso directo. Esta manera de entender las cosas se refuerza por el hecho de que al seguir a la autoridad, igual que al seguir un consejo o al guiarse por cualquiera de los artefactos técnicos, nuestra autoconfianza última queda preservada, porque es nuestro propio juicio el que nos conduce a reconocer la autoridad de otro, igual que nos conduce a mantener nuestras promesas, seguir un consejo, usar artefactos técnicos y demás.

Por supuesto, la autoridad es especial en la manera en que restringe nuestra capacidad para actuar independientemente. La concepción de la autoridad como servicio expresa esta idea mediante la tesis de que las directivas autoritativas reemplazan a las razones en contra de la conducta que ellas exigen, suponiéndose que la autoridad está pensada precisamente para tener ella en cuenta esas razones contrarias al decidir emitir sus directivas. Los que están sometidos a la autoridad no tienen permitido cuestionar la sabiduría o la pertinencia de las directivas de la autoridad. Una descripción simplificada de algunas situaciones típicas explica esta idea. Hay razones con las que todos debemos conformarnos, por ejemplo sobre conducir de manera segura. En ausencia del Derecho (u otras directivas autoritativas) que nos diga cómo conducir (imponiendo límites de velocidad, semáforos, señales de tráfico, etc.), habríamos intentado conducir lo más seguro posible. El Derecho de tráfico está pensado para posibilitarnos conducir con más seguridad (o sea, para conformarnos mejor con las razones de fondo), y lo hace ordenándonos hacer cosas que de otra manera podríamos no haber hecho. Cuando el Derecho nos deja a nosotros las decisiones sobre la conducción, seguimos guiándonos por esas consideraciones de fondo. Pero cuando él interviene para exigir ciertas formas de conducir, estamos obligados a obedecerlo, y no se nos permite cuestionar su fuerza, aun cuando se nos permita, por supuesto, cuestionar su sabiduría y abogar por su reforma. Esto es, toscamente, lo que quiero decir cuando afirmo que las disposiciones jurídicas legítimas, y en general las directivas de las autoridades legítimas, reemplazan a las razones subyacentes que podrían militar en contra de las directivas autoritativas y las sustituyen por sus propios requerimientos [19].

La fuerza de reemplazo de la autoridad es parte esencial de su naturaleza. No puede tener éxito como autoridad (o sea, éxito en mejorar nuestra conformidad con la razón) si no reemplaza a las razones de fondo. La función de las autoridades es mejorar nuestra conformidad con esas razones de fondo haciendo que tratemos de seguir sus instrucciones en lugar de las razones de fondo. Las autoridades no pueden hacer esto sin al menos la posibilidad de que sus directivas nos lleven a veces a actuar de manera diferente a como lo habríamos hecho sin ellas. En sí mismo, mientras que esto requiere que las directivas de la autoridad sean capaces de cambiar lo que debe-

[19] No deseo dar rienda suelta a un análisis excesivamente detallado, pero merece la pena advertir que hay dos tipos de razones afectadas por la tesis del reemplazo: primero, se reemplazan razones en contra de la conducta requerida por la directiva autoritativa. Segundo, se reemplazan razones que no necesariamente afectan a los pros y contras de comportarse como la directiva requiere, sino que militan en contra de la conveniencia de emitir la directiva. Estas razones pueden ser que la cuestión se debería dejar a la discreción individual, o que la directiva tendrá efectos colaterales indeseables que la hacen indeseable, y cosas por el estilo.

mos hacer, todas las cosas consideradas, no especifica de qué manera impactan en lo que tenemos más razón para hacer. La tesis del reemplazo explica esto: refleja la idea de que las autoridades son capaces de funcionar de la manera descrita porque sus decretos son el producto de decisiones hechas por agentes que fueron puestos para determinar qué es lo que debemos hacer, y ordenarnos hacerlo. Ellas constituyen autoridades legítimas cuando al hacer eso alcanzarán de hecho el resultado de una mejor conformidad con la razón (respetando las razones que tengamos para determinar nuestras acciones mediante nuestro libre juicio). El hecho de que es así es como operan las autoridades indica que cuando ellas son legítimas sus decretos deben sustituir a las razones de fondo. Las reemplazan. ¿Cuánto es reemplazado? ¿Qué es lo que cuenta como razones de fondo? Ellas son las razones para cuya consideración está pensada la autoridad cuando emite sus directivas, siempre que, por supuesto, actúe dentro del ámbito de su poder legítimo.

La existencia del reemplazo de las directivas autoritativas muestra por qué la pregunta moral sobre el Derecho es una pregunta seria. Muestra qué hay de verdad en el dicho de que al aceptar la autoridad entregamos nuestro juicio a la autoridad. Al mismo tiempo la solución del problema teórico muestra que, a pesar de su carácter especial, la autoridad, cuando está sometida a las condiciones de la justificación normal y de la independencia, es tan sólo un caso más del mundo que nos enfrenta con razones para la acción. La perplejidad teórica decía: «¿cómo pueden las personas crear razones al actuar con la intención de hacerlo?». La respuesta es que esto es así cuando consideraciones que son independientes de la voluntad humana así lo determinan.

Una vez más vemos la analogía (así como la diferencia) entre la autoridad y las promesas. Ambas producen razones generadas por acciones diseñadas para hacerlo, un hecho que les da a ambas su aire de perplejidad, y ambas lo pueden hacer porque consideraciones independientes de la voluntad humana validarán tal creación de razones. Por consiguiente, al seguir a ambas seguimos a la razón, y así ejercemos nuestro juicio —aunque en ambos casos lo hacemos a un paso de distancia— al aceptar, mediante nuestro juicio, la fuerza vinculante de actos (promesas, directivas) que reemplazan nuestra libertad para actuar por algunas de las razones de fondo. Es verdad que sólo la autoridad implica aceptar las directivas de otro. Pero si las dos condiciones son correctas, incluso las directivas autoritativas, al igual que las promesas, son vinculantes porque y cuando mejoran nuestros poderes al capacitarnos para conformarnos con la razón mejor de lo que podríamos hacerlo sin ellas.

3. REFINAMIENTOS Y ELABORACIONES

Hasta aquí he intentado esbozar los perfiles de la concepción de la autoridad como servicio y explicar cómo lucha con dos problemas básicos sobre la autoridad. Su éxito al ocuparse de ellos es el principal argumento para creer que está en la dirección correcta. Pero para consolidarse la teoría tiene que ocuparse de todo un conjunto de dificultades adicionales. En esta sección examinaré brevemente una variedad de dificultades; reflexionar sobre ellas llevará a refinar la teoría, así como a exhibir algunas de sus fortalezas.

3.1. ¿Podemos estar sometidos a varias autoridades al mismo tiempo?

Claro que podemos. La pregunta más difícil es si podemos estar sometidos a más de una autoridad con respecto al mismo asunto al mismo tiempo. La tesis de la justificación normal está basada en un contraste entre cómo actuaría yo si no estuviera afectado por la autoridad comparado con cómo actuaría yo al intentar seguir a la autoridad. En el contexto, esto es ambiguo. ¿Significa «cómo actuaría yo si no estuviera influido por ninguna autoridad»? ¿O significa «cómo actuaría yo si no intentara seguir esta autoridad en particular»? La primera pregunta permite la posibilidad de que estemos sometidos a varias autoridades al mismo tiempo y con respecto al mismo asunto. Así es como debe ser. Podemos estar sometidos a la autoridad de nuestros padres, de nuestras escuelas, y del Derecho, por ejemplo, al mismo tiempo, y con respecto a la misma cuestión.

Cuando están sometidos a varias autoridades con jurisdicciones similares o superpuestas, ciertos asuntos pueden estar regulados por sola una autoridad, mientras que las otras autoridades permanecen en silencio respecto a ellos. En esos casos debemos seguir a aquellas que emiten directivas sobre el asunto. Cuando diferentes autoridades se pronuncian sobre el mismo asunto, y sus directivas chocan, debemos decidir, haciendo máximo uso de nuestras habilidades, cuál es más fiable como guía. A menudo hay relaciones cooperativas entre autoridades. El Derecho reconoce la autoridad de escuelas y padres, por ejemplo, y les confiere autoridad jurídica, ordenando a las personas relevantes obedecerlos, o haciendo efectivas sus directivas mediante procedimientos jurídicos. Otras veces las autoridades pueden ser hostiles entre sí, ordenando a sus súbditos no obedecer, y en general no cooperar, con el funcionamiento de otras autoridades. En tales casos, la cuestión de si el poder de una autoridad dada comprende el de excluir la autoridad de otra ha de juzgarse de la manera en que juzgamos la legitimidad de su poder en cualquier materia, a saber, si nos conformaríamos mejor con la razón intentando seguir sus directivas que si no lo hacemos.

3.2. Reemplazo y actuar por las mejores razones

A menudo tenemos más de una razón suficiente para hacer algo. Una directiva autoritativa puede indicarnos hacer algo que debemos hacer de todas formas, por razones independientes. Por ejemplo, puedo haber prometido a un amigo conducir despacio, y el Derecho también me ordena conducir despacio. Si conduzco despacio, lo puedo hacer sólo por la promesa, no siendo consciente del Derecho o no preocupándome por obedecerlo; o puedo hacerlo únicamente por el Derecho; o por ambos; o aun por otra consideración que parece ser una razón poderosa, aunque puede no serlo.

Tales situaciones no suscitan ningún problema. Pero el Derecho implica un tipo diferente de sobredeterminación. Por ley no debemos matar, pero también tenemos una razón independiente para no matar, el respeto a la vida humana. Éste es un caso típico entre muchos. Otro tipo de sobredeterminación es algo diferente. Tenemos una razón independiente del Derecho para contribuir con nuestra parte en el coste del mantenimiento de los servicios de la comunidad. El Derecho impone un deber de

pagar impuestos como una manera de hacerlo. Independientemente del Derecho, no tenemos una razón para pagar la suma precisa que debemos como impuesto. Pero una vez que el Derecho está allí tenemos dos razones, podemos decir, para pagar la suma que debemos como impuesto (aquí podemos dejar de lado que es probable que el Derecho tributario sirva también a otros propósitos). Una es nuestra obligación de obedecer al Derecho, la otra nuestro deber de contribuir al coste de los servicios de la comunidad.

En términos ideales, nos tendríamos que abstener de matar exclusivamente por respeto a la vida de las personas y de ninguna manera por respeto al Derecho. En términos ideales, debemos pagar nuestros impuestos porque lo debemos como nuestra parte en el coste de los servicios de la comunidad, así como porque el Derecho lo exige. ¿Es esto consecuente con la tesis del reemplazo?

Una comprensión adecuada del reemplazo elimina cualquier sospecha de la existencia de un problema. Una directiva autoritativa obligatoria no es sólo una razón para comportarse como ella ordena, sino también una razón excluyente, es decir, una razón para no seguir (o sea, no actuar por) razones que chocan con la regla. Así es cómo las directivas autoritativas reemplazan. Ellas excluyen confiar en razones contrarias, no todas las razones contrarias, sino aquellas que el legislador debió considerar antes de emitir la directiva. Estas razones excluyentes, por supuesto, no excluyen basarse en razones para comportarse de la misma manera en que la directiva lo exige. Piénsese en ello: la autoridad mejora nuestra conformidad con la razón desplazando lo que haríamos sin ella, cuando actuar sin ella no nos haría conformar con la razón. De esta manera, asumiendo que tiene completo éxito en su tarea, no necesita frenarnos y no nos frena si seguimos las razones del lado vencedor de un argumento. Sin embargo, si ha de mejorar nuestra conformidad con la razón, debe desplazar nuestra inclinación a seguir a razones del lado perdedor del argumento. Por lo tanto, el reemplazo excluye sólo razones que chocan con la directiva de la autoridad.

Así que cuando una acción es correctamente requerida por la autoridad (es decir, cuando hay razones concluyentes a su favor, independientemente de la intervención de la autoridad), podemos (en ambos sentidos) hacer lo requerido o bien porque así se nos ha requerido, o bien por las razones que justifican el requerimiento, o por ambas cosas. A veces, como en el caso de la prohibición de matar, hacer lo requerido por la autoridad por razones poderosas diferentes al hecho de que la conducta fue así requerida por la autoridad, es la mejor opción. Habrá otros casos, por ejemplo, casos en los que la directiva emitida por la autoridad está equivocada o es injustificada. Requiere alguna acción cuya realización, aunque apoyada en algunas razones independientes de la autoridad, no está suficientemente fundada para requerir esa acción; no lo está si la directiva que la requiere se ignora. Esto puede ser consistente con que la directiva sea para nosotros vinculante. Incluso las autoridades legítimas cometen errores. En tales casos debemos conformarnos con su directiva, y el caso ideal es uno en el que lo hacemos porque nos lo ha requerido la autoridad y no por las otras razones que respaldan la acción.

El ejemplo del impuesto era diferente porque no tenemos una razón independiente del Derecho para pagar exactamente lo requerido por el Derecho ni para pagarlo a esa precisa autoridad, aunque una vez que la ley está en vigor la razón que justifica

aprobarla es una razón para hacer lo que ella requiere, lo cual es distinto del deber general que tenemos de obedecer a una autoridad legítima. En tales casos la mejor opción es actuar por ambas razones, o sea, tanto por el Derecho como por las razones de fondo para actuar.

¿En qué sentido estas opciones son las mejores? Todo lo que se nos exige es que nos conformemos con la razón, y no importa por qué razón, o razón imaginaria, lo hagamos. Sin embargo, no sólo lo que hacemos sino por qué lo hacemos dice algo acerca de nosotros. Es respecto de tales juicios, los juicios sobre el agente, sobre qué tipo de persona es, cómo se conduce y demás, que importan las razones reales que lo llevaron a la acción.

3.3. Razones en conflicto

Las directivas autoritativas no siempre son razones concluyentes para la conducta que requieren. Pueden ser derrotadas por razones contrarias o por directivas contrarias. Las razones que pueden derrotarlas son aquellas que ellas no excluyeron. La cuestión es de alguna importancia cuando se considera al Derecho. Típicamente, una regla jurídica no excluye a otra del mismo rango (en el sentido en que tienen rango diferente las reglas constitucionales, la ley, los reglamentos administrativos y la jurisprudencia del *common law*). Las reglas jurídicas excluyen muchas consideraciones no jurídicas, aunque los sistemas jurídicos típicamente permiten que algunas cuenten y, a veces, que desplacen a los requerimientos jurídicos. Pero no excluyen otras reglas jurídicas del mismo rango. Sostendré que las reglas jurídicas constituyen razones *prima facie* para la conducta que prescriben.

Cuando las reglas jurídicas entran en conflicto entre sí, ¿cómo tiene que decidirse el resultado? Hay muchos mecanismos a los que recurre el Derecho buscando ayuda. El problema surge cuando no hay ningún mecanismo formal disponible o suficiente. La pregunta es si los méritos relativos de las razones de fondo, aquellas a favor y en contra de cada una de las reglas, cuentan en la correcta determinación de cada uno de tales conflictos. Parece irrazonable ignorar estas razones de fondo, ya que ello no deja más opción que considerar que todas las reglas del mismo rango constitucional cuentan de la misma manera, y en el mismo grado, en el resultado. Dado que una regla puede ser trivial, por ejemplo, alguna regulación de un impuesto menor, mientras que otra puede ser central en la protección de derechos fundamentales, sería irrazonable considerar que tienen igual importancia. No obstante, la tesis de que las directivas autoritativas excluyen basarse en consideraciones contrarias ¿no significa que a uno no le está permitido evaluar la verdadera importancia de una regla, lo cual implicaría evaluar razones a favor y en contra de ella, y ellas incluyen razones a favor y en contra de la conducta que prescribe?

Sin embargo, la tesis del reemplazo implica rechazar ambas alternativas. Como fue mencionado, excluye la referencia a las consideraciones de fondo, y así impide una evaluación apropiada de la importancia de la regla. No obstante, no se sigue que todas las reglas del mismo rango constitucional tengan que ser vistas como teniendo la misma importancia. Igual que la autoridad hace el Derecho, también indica, o al menos puede indicar, la importancia que tiene a sus ojos. Son varias las maneras de hacerlo, la mayo-

ría implícitas, algunas más explícitas, como los preámbulos y otros instrumentos legislativos. Otras indicaciones están implicadas en el lenguaje en el cual se expresó el Derecho y en el contexto de su legislación. En la medida en que la práctica judicial instruye a los tribunales a acudir a estos mecanismos, están reconocidos como jurídicamente vinculantes y tienen existencia autoritativa.

No se niega que sea improbable que tales consideraciones resuelvan todos las problemas que puedan surgir sobre la importancia de cada regla jurídica. Tampoco todos los problemas que surgen de conflictos entre reglas jurídicas pueden ser solucionados priorizando a unas sobre otras. A menudo, en lugar de seguir una regla en lugar de la otra, los conflictos prácticos deben resolverse encontrando la opción que satisface a las reglas en conflicto en el mayor grado posible. Ello se sigue de la naturaleza de la racionalidad práctica, que requiere que, cuando no es posible conformarse completamente con las razones, hay que conformarse a ellas en el grado más alto posible. Esto requerirá que los tribunales enfrentados con conflictos de este tipo encuentren tal resultado óptimo, lo cual implicará una comprensión del propósito de las reglas en conflicto. Ya vimos que esto es consistente con la concepción de la autoridad como servicio.

Aun así, de manera no infrecuente, en diversos conflictos entre reglas jurídicas el Derecho no contiene recursos para resolver el conflicto. Es indeterminado respecto a la cuestión, dejando normalmente tales decisiones a la discreción de los jueces, o sea, a su juicio sobre el mérito real de las diferentes reglas, un juicio que va más allá de lo que el Derecho determina.

3.4. Razón y cognoscibilidad

Es cuestión discutida si un factor no conocido por algunos agentes, o no cognoscible por ellos, puede no obstante constituir una razón para esos agentes. Cualquiera que sea la verdad sobre esa cuestión general, hay razones independientes para pensar que alguien o alguna institución puede ser autoridad sólo si el hecho de que se cumplen las dos condiciones puede ser conocido por sus súbditos. El valor de estar sometido a una autoridad es que ofrece una manera de mejorar nuestra conformidad con la razón. Uno lo logra conformándose con las directivas de la autoridad y (circunstancias especiales aparte) uno puede fiablemente conformarse sólo si tiene creencias fiables respecto de quién tiene autoridad legítima y de cuáles son sus directivas. Si uno no puede tener creencias fiables de que un cierto organismo cumple las condiciones de legitimidad, entonces su creencia en su autoridad es fortuita, y no puede (de nuevo, circunstancias especiales aparte) ser fiable. Por consiguiente, para cumplir su función, la legitimidad de una autoridad debe ser cognoscible para sus destinatarios.

Al exponer este argumento asumí que, siempre que uno pueda formarse creencias fiables de que se cumplen las condiciones para la legitimidad, también puede uno tener conocimiento de que se cumplen. También estaba basándome en el hecho de que, generalmente hablando, la única manera fiable de conformarse con la autoridad es teniendo una creencia fiable de que es una autoridad, y que, por tanto, debe ser obedecida. Asumir esto ayuda a definir con mayor precisión qué es lo que ha de darse

para que la legitimidad sea cognoscible. Dado que el propósito es mejorar la conformidad con la razón, hay al menos una medida tosca de cuán importante es tal mejora. Cuanto más importante sea, más indicado está realizar extensas indagaciones acerca de las maneras de lograrlo. El grado indicado de indagación establece el límite de la cognoscibilidad: es cognoscible si una indagación de ese tipo produciría ese conocimiento.

Realizamos tales evaluaciones todos los días de la semana. Regularmente necesitamos decidir cuán lejos seguir una indagación con la esperanza de llegar a una conclusión más fiable o más matizada acerca de cuál es en varias ocasiones el curso de acción correcto. Cuando el asunto es de importancia extendemos nuestras indagaciones y deliberaciones mucho más allá de lo que lo hacemos cuando la cuestión es relativamente insignificante. El mismo tipo de consideraciones se aplica para establecer la existencia de autoridades. Cuánto cabe esperar que mejore nuestra conformidad con la razón, y cuán importante es el asunto en cuestión, son las variables que establecen qué indagación es razonable emprender. Cuando una indagación razonable no revelará la justificación de la autoridad, esa justificación, si es que existe, no es cognoscible. Se sigue que las personas no están sujetas a ninguna autoridad con respecto a esos asuntos.

Este argumento es usado aquí para establecer no meramente que no es racional, o que no vale la pena, continuar con la indagación sobre la existencia de ciertas razones, sino que esas razones, las directivas autoritativas, no existen. No hay autoridad sobre el asunto porque, para existir, las autoridades deben ser cognoscibles. Esta expansión del argumento no es sorprendente. La concepción de la autoridad como servicio hace que la legitimidad de las autoridades dependa primariamente de su valor para alcanzar algo más allá de ellas, a saber, la conformidad con razones de fondo que existen independientemente de ellas. En general no tenemos ninguna razón para seguir a los medios a menos que valga la pena seguirlos, dado el coste de hacerlo en relación con la importancia de los fines. Para dar un ejemplo simple: supongo que puedo hacer que tú me des cinco libras dándote diez libras a condición de que tú me des cinco libras a cambio. Pero (circunstancias especiales aparte) no tengo ninguna razón para seguir ese medio para ese fin, ninguna razón en absoluto. No es meramente el caso de que tengo una razón que es derrotada por el coste de seguir ese medio. El caso de la autoridad no es exactamente el mismo, pero es análogo: el obedecer a Jane, digamos, podría ayudarme mejor a conformarme con las razones que se me aplican. Sin embargo, no puedo saberlo sin llevar a cabo una indagación que sería irracional realizar. Se sigue que no tengo ninguna razón para obedecer a Jane, y de ahí se sigue que Jane no tiene autoridad sobre mí.

3.5. La clase más pequeña

Hay otras limitaciones epistémicas sobre las condiciones de legitimidad. Ellas restringen la aplicación de las condiciones sustantivas. Por ejemplo, supongamos que podemos establecer que nos conformaremos mejor con la razón si seguimos a la autoridad en asuntos de una cierta área, pongamos, los asuntos de los que tratan las regulaciones sobre seguridad en el trabajo. ¿Se extiende el poder de la autoridad sobre

toda el área o se limita tan sólo a una parte de la misma? La condición de la justificación normal se puede tomar como que significa que tiene autoridad sobre toda el área. Pero ello tropieza con la objeción de que el área puede ser artificialmente expandida (p.e., agregando a la misma la seguridad en el hogar) sin ninguna razón para creer que estaremos mejor en las zonas expandidas (p.e., podemos ser nosotros mismos mejores jueces sobre la seguridad en nuestros hogares que cualquiera que sea la autoridad sobre la seguridad en el trabajo). El área total expandida aún puede cumplir ambas condiciones de legitimidad simplemente porque el área más estrecha las cumple, y las desventajas de la expansión no son lo suficientemente malas como para anular el argumento a favor de la autoridad.

La solución a este acertijo consiste, creo, en que una persona u organismo tiene autoridad con respecto a cualquier área si esa persona u organismo cumple las condiciones con respecto a esa área, y no hay ninguna parte discernible del área con respecto a la cual se pueda conocer que la persona u organismo falla en las condiciones.

3.6. Las cargas de la indagación y de la decisión

La segunda condición de legitimidad, la de la independencia, tiene como premisa la idea de que es importante que las personas decidan por sí mismas cómo dirigir sus vidas, y que, especialmente en algunas áreas, deben hacerlo con sólo limitada confianza en el consejo directo, más aún en el caso de órdenes, de otras personas. No vivimos totalmente como personas autónomas si no decidimos por nosotros mismos. No se sigue, por supuesto, que siempre disfrutemos al hacerlo. Algunas personas encuentran duro de llevar la carga de la decisión. Andan con rodeos, se deprimen, se sienten oprimidos y presionados y, por supuesto, a menudo deciden imprudentemente, con frecuencia casi arbitrariamente, con el fin de liberarse de la carga decidir.

No todos padecen una aversión a tomar decisiones y a asumir responsabilidades, pero la mayoría de las personas siente la carga. Estamos tentados a pensar que no se es un agente responsable si no se la siente, pues ello mostraría una falta de seriedad sobre las propias acciones. Sea esto como fuere, todos tenemos que soportar la carga de la indagación. Ella demanda nuestra atención, energía, tiempo y recursos; puede imponer tensiones en nuestras relaciones con otros, etc. Cierto que el proceso de indagación con un propósito, de abrirse camino hacia una decisión, también puede disfrutarse y ser gratificante en sí mismo. Pero dado que su propósito y justificación primarios es que contribuye a una buena decisión, no se puede esperar que la gratificación se equipare a las cargas, y a veces las cargas superan ampliamente a las gratificaciones.

Hay maneras de reducir las cargas de la decisión y de la indagación, y algunas de ellas implican desplazar la carga hacia otros. La práctica de confiar en el asesoramiento de un profesional ha crecido en los tiempos recientes, quizás en paralelo con un declive de la familia como fuente de consejo y apoyo en la toma de decisión. Someterse a la autoridad es una manera de reducir las cargas. Sólo puede estar justificado si es consistente con la condición de independencia de la legitimidad (aunque cuando la vulnerabilidad psicológica a la carga es extrema puede estar justificado mitigar la condición para aliviar la carga). La condición de la justificación normal, sin embargo,

se entiende mejor, en sentido amplio, como permitiendo que el cumplir con la carga de la decisión y la indagación sea uno de los beneficios que las autoridades pueden aportar.

3.7. Respeto y otras razones

Podemos acomodar las cargas de la decisión y de la indagación en una teoría de la autoridad legítima, o bien a través de una lectura apropiada de las dos condiciones, o bien reconociendo a estas cargas como factores adicionales que influyen en la legitimidad, factores que modifican o se añaden a las dos condiciones. No creo que sea posible enumerar exhaustivamente las consideraciones que puedan incidir en la legitimidad de la autoridad o, respecto a eso, en la justificación de cualquier otra institución normativa que esté ampliamente aceptada y arraigada en prácticas sociales. Tales instituciones a veces sí tienen propósitos o sentidos centrales; pero, una vez que son reconocidas y seguidas en la práctica, se enredan con otras prácticas y preocupaciones que, sin desviarlas de su justificación primaria, las conducen a acumular propósitos y razones justificativas adicionales.

Un factor adicional de este tipo surge a partir del modo en que, en muchas sociedades, algunas autoridades se convierten en la expresión visible primaria de instituciones a las que ellas pertenecen y en cuyo nombre funcionan. Las instituciones políticas y jurídicas con autoridad jurídica son un caso de este tipo. En muchos países las autoridades jurídicas superiores se identifican con el Estado o el país o la nación, y hablan en su nombre. Cuando esto es así, el respeto por y la identificación con el Estado, país o nación se puede expresar en el respeto por esa autoridad jurídica, y eso a su vez toma la forma (entre otras) de la confianza en estas instituciones, aceptando por confianza en ellas que tienen autoridad para hacer lo que hacen, sin cuestionar demasiado estrechamente su conducta para ver si exceden su autoridad, etc. La confianza es una señal general de respeto y una señal natural. Si el respeto por el Estado, país o nación es deseable, que a veces lo es, y si es apropiado, dadas las circunstancias de la sociedad en cuestión, que ese respeto se exprese a través del respeto y la confianza en sus instituciones jurídicas, entonces también es aceptable cierta relajación en la vigilancia sobre las dos condiciones de legitimidad. Es decir, en tales casos, aunque las condiciones en sí mismas no se ven afectadas, estaría justificado que la gente mantuviera que el gobierno tiene autoridad basándose en pruebas que no serían suficientes para alcanzar tal conclusión si no fuera por la confianza que tienen en el gobierno.

No sostengo que las personas tengan un deber de confiar en y respetar a su gobierno de esa manera. Eso sería como afirmar que tienen un deber de tener a alguien como su amigo. El respeto del que estamos tratando aquí no es el respeto básico que debemos a toda persona. Es el respeto que surge de la identificación con el país, y nadie tiene ningún deber de identificarse con ningún país. Lo que afirmo es simplemente que esa actitud es, a veces (cuando se reúnen ciertas condiciones morales), apropiada.

¿Muestra esto que, a veces, las personas que confían en el gobierno están justificadas al creer que el gobierno tiene autoridad cuando no la tiene; o muestra esto que, a veces, el gobierno tiene autoridad sobre tales personas, aun cuando no tiene auto-

ridad o sólo tiene una autoridad más limitada sobre las personas que no confían en él? Se puede argumentar en los dos sentidos. Por un lado, se puede pensar que es deseable separar las consideraciones epistémicas de las sustantivas y tener una teoría que tienda a hacer a la autoridad gubernamental independiente de factores individualmente variables tales como la confianza que es resultado de la identificación con el país. Por otro lado, como vimos, la concepción de la autoridad como servicio sí incorpora elementos epistémicos en las condiciones de la autoridad y, como veremos, permite una considerable variabilidad en la extensión de la autoridad gubernamental sobre la población sobre la que pretende autoridad. De modo que puede ser que la mejor perspectiva sea considerar que la identificación afecta a las condiciones de legitimidad y no meramente a las ocasiones en las cuales está justificado creer que esas condiciones se cumplen. De esta forma, la teoría es más cercana a actitudes familiares (y racionales) que la gente tiene hacia la autoridad.

3.8. Razones preexistentes y concretización

La teoría puede parecer indebidamente restrictiva. Puede parecer que excluye todo poder a los gobiernos para mejorar las condiciones económicas de sus ciudadanos. Por ejemplo, la autoridad puede hacerlo imponiendo tributos y usando los ingresos para subvencionar la formación profesional, lo cual es útil para el pleno empleo y para el desarrollo económico. Ni yo ni otros habitantes tenemos razones para imponer tributos o para subvencionar la formación en el país. Pero ésa es una percepción equivocada. En la medida en que los habitantes de un país tienen razón para mejorar su propia situación económica, tendrán razón para hacerlo mediante una autoridad común en aquellas materias donde esa autoridad será capaz de alcanzar esa meta mejor de lo que ellos podrían hacerlo actuando independientemente de ella.

¿Significa esto que tengo razones para aumentar los impuestos? No necesariamente, pero la pregunta se origina al pasar por alto el hecho de que típicamente las razones no vienen por separado, más bien se presentan entrelazadas, anidadas. Típicamente, tenemos una razón porque conformarnos a ella es una manera de satisfacer otra razón. Las razones más generales se aplican como un estándar de fondo a nuestras actividades, y se ven menos afectadas por el cambio en las circunstancias; mientras que las razones más específicas que anidan en ellas tienden a aplicarse durante períodos más cortos, y dependen de condiciones que a menudo están sujetas al cambio. Mi razón para mejorar mi situación económica es un ejemplo de una razón relativamente general, que no es probable que desaparezca hasta mi jubilación o incluso después, aunque su urgencia y fuerza pueda cambiar con el tiempo. Una razón para cambiar de empleo puede derivar de ella. Puedo tener razones para cambiar de empleo en orden a mejorar mi condición económica. Pero es una razón más a corto plazo, que puede desaparecer si, por ejemplo, mi patrón actual me ofrece un ascenso, o por otras circunstancias.

Las personas que tienen asignada la tarea de ayudarnos lo hacen conformándose con o realizando algunas razones que se nos aplican, razones que nosotros mismos tenemos. Estas razones tienen otras anidadas en ellas, que establecen formas de realizarlas. Pero esas razones anidadas no tienen por qué ser razones para nosotros. Es

decir, quienes nos ayudan pueden tener buenos fundamentos para perseguir las metas establecidas por razones que se nos aplican en formas que no están abiertas a nosotros. En efecto, como lo ilustra la concepción de la autoridad como servicio de la autoridad, pueden tener asignada la tarea de ayudarnos precisamente por eso. A través de su intervención nosotros adquirimos nuevas formas de realizar las metas establecidas por las razones generales de fondo, y por ello nuevas razones para llevar a cabo las acciones que las realizarán.

Existen otras maneras en que la flexibilidad de la concepción de la autoridad como servicio puede ser subestimada. Al dar los ejemplos que siguen no deseo avalar su fuerza. Tan sólo los menciono para ilustrar el poder de la concepción de la autoridad como servicio. Por ejemplo, alguien puede creer que la gente, los miembros de un cierto grupo, tienen un deber, quizás un deber religioso o un deber de lealtad originado en algunas circunstancias históricas, de obedecer a alguna persona o institución. En ese caso la tesis de la justificación normal se satisface fácilmente. Al obedecer a esa persona o institución se está cumpliendo con ese deber. O supóngase que los miembros de un cierto grupo, quizás un grupo étnico, tienen un deber de obedecer a alguien que puede ordenar la lealtad del grupo, una especie de deber nacional para la gloria de la nación. Nuevamente, si alguien puede ordenar la lealtad del grupo, entonces esa persona satisfará las condiciones de tener autoridad bajo la concepción de la autoridad como servicio. O supongamos que se tiene un deber de obedecer a quien gane la lotería; de nuevo, las condiciones de la concepción de la autoridad como servicio se cumplirán respecto a cualquiera que gane la lotería. Algunas personas creen que uno tiene un deber de obedecer a cualquiera que sea elegido por la mayoría. Una vez más, ése no es ningún problema para la concepción de la autoridad como servicio. Si eso es así, simplemente muestra que las condiciones de la concepción de la autoridad como servicio se cumplen con respecto a cualquiera que sea elegido de esa manera[20].

3.9. Coordinación y meta-coordinación

Un factor importante, si no el principal, en el establecimiento de la legitimidad de las autoridades políticas es su capacidad para asegurar la coordinación. Algunos autores, al comentar este hecho, han ido más allá y han sostenido que: *a)* la única (o la única principal) función de las autoridades políticas es coordinar la conducta de los sometidos a ellas para el logro de algunos bienes; *b)* la coordinación, estando asegurada vía una convención de tipo Lewis, no requiere una autoridad con un derecho a gobernar: todo lo que requiere es la capacidad de destacar ciertos resultados de la

[20] No es, por supuesto, ningún accidente que mi teoría de la autoridad no haga ninguna referencia especial a la autoridad democrática. No creo que la democracia sea el único régimen que pueda ser legítimo, ni que todos los gobiernos democráticos sean legítimos. Esto no es decir que los gobiernos democráticos no tienen, en muchos países, pretensiones únicas de disfrutar de alguna autoridad cualificada o limitada, o bien a través de su capacidad para producir resultados beneficiosos o bien por su capacidad para expresar la existencia de las personas como agentes libres y autónomos, o por cualesquiera otros valores a los que sirvan. Me parece, sin embargo, de vital importancia no caer presos de la muy abusada retórica democrática actual, y mantener una perspectiva esclarecida y crítica sobre la naturaleza de las instituciones democráticas, y que debemos preservar nuestra capacidad de reconocer las limitaciones de los regímenes democráticos así como la posibilidad de que los que pasan por regímenes democráticos carezcan completamente de legitimidad.

coordinación; y *c)* se sigue que las autoridades políticas, como tales, no gozan de un derecho a gobernar.

Perspectivas como ésas pasan por alto un buen número de hechos que son centrales para el funcionamiento de las autoridades políticas legítimas. Primero: que ellas pueden satisfacer la tesis de la justificación normal no sólo asegurando la coordinación, sino también teniendo un juicio más fiable sobre las mejores opciones, dadas las circunstancias, y que, en sus actividades normales, pericia y coordinación están indisolublemente mezcladas. Segundo: que la coordinación que las autoridades políticas deben asegurar, y que a menudo aseguran, raras veces es la clase de coordinación que constituye la solución a un problema de coordinación de tipo Lewis. Coordinar las acciones de muchos agentes no significa nada más que hacerlos, o capacitarlos para, actuar de manera tal que todos jueguen diversos roles en algún plan de acción posible que es probable que produzca algunos resultados buscados. Este tipo de coordinación generalmente no se puede lograr vía una convención de tipo Lewis. Tercero: una razón para esto es que la necesidad de coordinación y los medios para alcanzarla no son de manera necesaria generalmente conocidos y a menudo son objeto de controversia. Cuarto: que, dado que las metas que las personas realmente tienen no necesariamente son deseables, la coordinación dirigida a asegurar esas metas tampoco es necesariamente deseable. Los esquemas coordinados de acción que las autoridades políticas deben perseguir son aquellos con los cuales las personas deben estar comprometidas, o los que se necesitan para asegurar metas que la gente debe tener, que no siempre son las metas que de hecho tienen. Quinto: que típicamente, cuando la autoridad política es por otros motivos legítima y tiene un éxito razonable, también será correctamente considerada, al menos en algunas áreas, una autoridad en la cuestión de segundo orden de cuándo hay coordinación.

4. LA OBJECIÓN DE LA CUALIFICACIÓN

Una posible reacción a la concepción de la autoridad como servicio es que no da en el blanco. Describe las condiciones bajo las cuales una autoridad es una autoridad suficientemente buena. Articula tests para el éxito de las autoridades. Pero no explica lo que es ser una autoridad. Describe las condiciones que han de darse para que una autoridad sea capaz de desempeñar sus tareas con éxito, pero no es ni puede ser el caso que todo aquel que pueda desempeñar bien una tarea tenga esa tarea. No todo aquel que puede ser un buen primer ministro de un país es el primer ministro de ese país, no todo aquel que puede ser un buen maestro en la escuela primaria de mi barrio es maestro en esa escuela. Por otra parte, nadie es primer ministro o maestro tan sólo en virtud del hecho de que pueda realizar bien la tarea. Tiene que pasar algo más para que la tarea les sea asignada, para hacer que ella sea su tarea.

Para evaluar este punto debemos contrastar la autoridad teórica y la autoridad práctica. Las autoridades teóricas son expertos cuyo conocimiento y comprensión de la materia sobre la cual son autoridades es excepcionalmente amplia y notablemente sistemática y segura, lo cual los hace guías fiables en esas materias. Su palabra es una razón para sostener ciertas creencias y desechar otras. En eso, es como el testimonio: los relatos de los testigos sobre los acontecimientos sobre los cuales informan. Pero

el asesoramiento de los expertos es muy distinto del testimonio de los testigos. En primer lugar, normalmente su consejo no informa acerca de sus creencias basadas en su percepción o del contenido de sus propias experiencias. (Las excepciones son casos en que lo que vemos es difícil de comprender, donde los expertos pueden ser útiles para decirnos lo que vemos nosotros y ellos.) Más bien, informan sobre las creencias que se infieren, las conclusiones que sacan de los datos derivados de su propia experiencia o de la de otros. En segundo lugar, y como corolario, su consejo no depende de su posición ventajosa en relación con la cuestión que está en consideración: a diferencia del testimonio de los testigos, los peritos no necesitan haber estado en el lugar adecuado en el momento preciso y haber visto o de alguna manera haber sido testigo de los acontecimientos sobre los que informan. Ellos derivan sus conclusiones no de la observación, lo cual requiere una posición ventajosa, sino de inferencias a partir de las pruebas, incluida la testifical, y eso no requiere gozar de una posición privilegiada o ventajosa en relación con los acontecimientos sobre los que aconsejan. Como resultado, mientras que el testimonio sólo se refiere a acontecimientos del pasado, los expertos también pueden predecir acontecimientos futuros.

Estas diferencias dan cuenta de las diferencias normativas entre testigos y expertos. Con los testigos todo lo que tenemos que hacer es evaluar la fiabilidad de su información: la calidad de su vista, las condiciones meteorológicas, su atención en ese momento, su distancia de los acontecimientos relatados, etc. Con los expertos normalmente no se suscita ninguna de estas cuestiones. Lo que cuenta es su habilidad para extraer conclusiones a partir de los datos o pruebas. A menudo es el conocimiento de la teoría, digamos de alguna teoría científica, y otras veces es la amplitud de su experiencia y la profundidad de su comprensión lo que le otorga sus credenciales como expertos, o sea, como personas que de manera fiable pueden inferir una cosa de otra. Una vez que su autoridad como expertos queda establecida, se sigue que nuestras evaluaciones inexpertas sobre los mismos datos no pueden desafiar a las de ellos de manera fiable. Veo un trozo de carne en la carnicería, y su color me hace pensar que no es fresca. Pero no tengo experiencia o teoría en la que apoyarme. Mi amigo experto me tranquiliza diciéndome que la carne es fresca, y yo cedo sin más. Si acepto la especialización de mi amigo, en comparación con la mía, no tengo otra opción. El consejo teórico reemplaza a las razones para creer en las cuales de otro modo me habría apoyado. Igual que con cualquier autoridad práctica, el valor de una autoridad teórica es hacer posible que me conforme con la razón, en esta ocasión con una razón para creer, mejor de lo que yo, de otro modo, pudiera hacerlo. Esto exige aceptar el consejo experto y permitirle reemplazar mi propia evaluación de los datos. Si no lo hago, no me beneficio de él.

La autoridad teórica se parece a la autoridad práctica en su valor (mejorar la conformidad con la razón) y en que reemplaza, así como en ser relacional, tanto con respecto a quien tiene que tomar la palabra de una autoridad como autoritativa como con respecto a la materia: es posible que yo deba tomar la palabra de este experto como autoritativa porque él sabe mucho más que yo, pero tú no tienes ninguna razón para hacer lo mismo, ya que tú sabes tanto como él en esta materia.

No obstante estas similitudes, hay diferencias significativas entre autoridades teóricas y prácticas. Apunté que, a diferencia del testimonio, alguna pericia puede ser la base de predicciones de acontecimientos futuros. Pero la pericia no puede cambiar

nada. La capacidad de las autoridades prácticas para mejorar la coordinación, factor completamente ausente en las actividades de las autoridades teóricas, las hace estar sujetas a razones derivadas[21] para asegurar las metas preexistentes en formas que de otro modo no serían posibles. Ellas pueden, como resultado, cambiar las cosas en el mundo.

Además, y casi no hace falta decirlo, las autoridades teóricas, los expertos, no pueden ordenarnos creer una cosa u otra, y no pueden imponer deberes de creer; la naturaleza de las creencias y de la formación de creencias excluye tales deberes. La formación de creencias, igual que las acciones, responde a razones, pero sólo las acciones, y no la formación de creencias, involucran a la voluntad. Los deberes existen sólo cuando (pero no siempre incluso entonces) la respuesta a la razón implica a la voluntad.

Estas cuestiones están asociadas con importantes diferencias idiomáticas. Por ejemplo, algunas personas son autoridades en los métodos de cultivo del siglo XVIII, pero no tienen autoridad sobre nadie. Yo no sé nada sobre los métodos de cultivo del siglo XVIII, y debo tomar lo que ellos digan como autoritativo, pero no tienen autoridad sobre mí. De manera similar, la noción de autoridad legítima está limitada a la de autoridad práctica. Las personas pueden ser o no ser expertos o autoridades en los métodos de cultivo del siglo XVIII. Pero no pueden ser autoridades *de facto* o autoridades legítimas en el asunto. Finalmente, sólo respecto de cuestiones prácticas podemos decir que alguien tiene autoridad o que carece de ella. En cuestiones teóricas, alguien o es o no es una autoridad, pero nadie tiene autoridad.

¿Qué tienen estas cosas que ver con la crítica de la concepción de la autoridad como servicio, con la afirmación de que confunde un análisis de cuándo una autoridad es buena en lo que está haciendo con un análisis de lo que es ser una autoridad? A primera vista, pueden sugerir que la crítica es correcta respecto de las autoridades prácticas, pero equivocada sobre las autoridades teóricas.

Dado que las autoridades teóricas no pueden poseer o carecer de legitimidad, y no pueden imponer deberes (ni siquiera deberes para creer), ellas no pueden requerir una condición adicional más allá de las de la concepción de la autoridad como servicio. Si ellas están cualificadas como autoridades, ellas son autoridades. En realidad, ni siquiera la condición epistémica en la que antes reparamos, a saber, que su posesión de autoridad sea cognoscible por aquellos sobre quienes tiene autoridad, es aplicable a las autoridades teóricas, que no tienen autoridad sobre nadie. El mayor experto en los métodos de cultivo del siglo XVIII puede ser un solitario estudioso desconocido para la comunidad académica y no reconocido por nadie. Aun así, es una autoridad, tan sólo en virtud de su conocimiento sobre la materia. No se necesita nada más[22]. De esta manera, la objeción fracasa con respecto a las autoridades teóricas.

---

[21] Nótese que no es tan sólo que las autoridades crean nuevas razones emitiendo directivas. Esto también es verdadero en el caso de las autoridades teóricas. Su existencia misma crea oportunidades, y por eso las somete a nuevas razones derivadas, razones para satisfacer de nuevas maneras las razones previamente existentes.

[22] Por supuesto, normalmente no podemos saber que él es una autoridad a menos que alguien más lo compruebe. Pero parece que la implicación de que nadie que sea totalmente no reconocido puede ser una autoridad es mejor adscribirla a la pragmática del discurso.

Las autoridades prácticas, por otro lado, imponen deberes a la gente. Tienen autoridad sobre las personas. Tienen poderes normativos sobre las personas. Para ser autoridades, dice el argumento, necesitan algo más que la capacidad de funcionar bien. Necesitan ser hechas autoridades, no necesariamente siendo designadas para la tarea, pero se tiene que dar algo parecido a una designación.

Sin embargo, la admisión de que la objeción fracasa con respecto a las autoridades teóricas me parece que demuestra que fracasa completamente. Es implausible pensar que lo que es un análisis acertado de lo que es ser una autoridad en cuestiones teóricas no contribuye en nada a la comprensión de la noción de autoridad, de lo que es tener autoridad práctica. Posiblemente, las diferencias entre los dos tipos de autoridad significan que es un análisis acertado de uno de los tipos, y sólo un análisis parcial del otro. Pero es implausible afirmar que no tiene nada que ver con el análisis del otro tipo. Hay otra razón para dudar de la objeción. Parece implausible pensar que uno puede ser una autoridad legítima sin importar lo malo que uno sea al actuar como autoridad. Si el valor primario de la autoridad, incluida la autoridad práctica, es mejorar la conformidad con la razón, es implausible pensar que alguien que no contribuye en nada al respecto, alguien que de hecho nos hace actuar más en contra de la razón de lo que nosotros lo haríamos si no hubiéramos intentado seguirle, pueda tener autoridad legítima.

Por consiguiente, podemos rechazar la objeción. Pero otra objeción más modesta está a la vuelta de la esquina. Sostiene que con respecto a las autoridades prácticas, dada su capacidad de cambiar las cosas, de imponer deberes y de conferir derechos, la concepción de la autoridad como servicio suministra sólo parte de su análisis. Establece una condición necesaria para ser una autoridad, pero no una suficiente.

Esta objeción es más plausible. Pero para tener éxito necesita hacer frente a una duda: las diferencias entre autoridades teóricas y prácticas pueden llevar a diferencias en lo que tiene que ser establecido para confirmar que cumplen los criterios de la concepción de la autoridad como servicio para tener autoridad legítima. ¿No serían suficientes esas diferencias para mostrar que no todo el que puede ser una buena autoridad tiene autoridad práctica?

Limitando la discusión a las autoridades políticas, sabemos que una parte importante de su rol —mejorar los servicios públicos, la seguridad personal, la seguridad contractual y de otras transacciones comerciales— les exige tener éxito en la coordinación de la conducta de un gran número de personas. Esa habilidad no es suficiente para la ejecución de tales tareas, pero es necesaria para ello. Se sigue que sólo los organismos que gozan de autoridad *de facto* (es decir, que una parte considerable de la población de hecho les sigue, o al menos se conforma a ellos) pueden tener autoridad legítima sobre todas esas materias. De ahí que no pueda haber una autoridad política que sea desconocida. De manera similar, no puede haber una autoridad política que no ejerza su autoridad, es decir, que no emita directivas que impongan deberes, confieran derechos, etc. Podemos contrastar esto con la autoridad teórica: nuestro experto en los métodos de cultivo del siglo XVIII puede no dar nunca ningún consejo ni expresar ninguna opinión sobre la materia. Basta con que pueda hacerlo, porque su autoridad depende de su conocimiento, no de su poder sobre la gente, no de su capaci-

dad para hacerles modificar su conducta para conformarla a sus directivas, como ocurre con la legitimidad de las autoridades políticas.

Por último, pero muy importante, tal como son las cosas en nuestro mundo, los gobiernos del tipo de los que nos son familiares sólo pueden tener éxito en cumplir las condiciones de legitimidad (según la concepción de la autoridad como servicio) si tienen autoridad para usar, y tienen éxito en el uso de, la fuerza contra aquellos que burlan algunas de sus directivas. No hay necesidad en este momento de establecer cuáles son las condiciones generales para el uso correcto de la fuerza por parte de los gobiernos. Para nuestros fines, es suficiente decir que tal derecho tiene que existir para que un gobierno reúna las dos condiciones de legitimidad, y que tiene que ser eficazmente usado. Éste es un doble obstáculo adicional en el camino de la posesión de autoridad gubernamental legítima. Es un obstáculo normativo: justificar la posesión de un derecho moral a usar la fuerza; y es un obstáculo fáctico: ser *de facto* capaz de usarla eficazmente. Ninguna de tales condiciones necesita ser reunida por las autoridades teóricas. ¿No muestra la existencia de estas condiciones que la concepción de la autoridad como servicio explica no quién sería bueno si se le hubiese dado autoridad, sino quién realmente tiene autoridad? Como mínimo muestran que la concepción de la autoridad como servicio reconoce y tiene alguna explicación sobre la diferencia entre estar cualificado para tener autoridad y tener autoridad. La pregunta es si esta explicación es adecuada. Esa pregunta queda aún abierta. Pero la acusación de que simplemente confunde cualificación para ser autoridad con autoridad, fracasa.

5. CONSENTIMIENTO

Examinemos un candidato para este elemento perdido: el consentimiento de los súbditos. De acuerdo con la perspectiva a considerar, para que el consentimiento confiera autoridad a alguien, es necesario que se cumplan las condiciones de la concepción de la autoridad como servicio. Para tener autoridad, una persona u organismo tiene que reunir las cualificaciones necesarias para sostener autoridad. Las dos condiciones de la concepción de la autoridad como servicio establecen en qué consisten dichas cualificaciones, y por consiguiente, para que alguien cualifique como poseedor de autoridad, debe cumplirlas. Pero, en realidad, para tener autoridad sobre otro también se requiere del consentimiento de ese otro.

Sin embargo, muy comúnmente, la afirmación de que toda autoridad deriva del consentimiento es considerada por sus defensores como basada en otras consideraciones, independientes del anterior argumento. Por usar los eslóganes habituales, no puede ser —dice la gente— que una persona esté sometida a la voluntad de otra salvo por su propia elección, expresada mediante su consentimiento a estar sometida a esa autoridad.

Algunas personas consideran que esta perspectiva es una aplicación, al caso de la autoridad, de una tesis más amplia, a saber, que ninguna obligación vincula a nadie excepto por su propia voluntad. Tendré que hacer caso omiso de esta perspectiva, que nos lleva demasiado lejos para tratarlo en la presente ocasión. Me centraré en la perspectiva más limitada de que al menos todos los sujetos que son personas, que son agentes autónomos, no pueden estar sometidos a la voluntad de otro excepto por elec-

ción. Nadie puede tener autoridad sobre nosotros, y decirnos qué hacer, sin nuestro consentimiento.

No obstante, asumimos que pueden existir deberes sin el consentimiento de la persona obligada. Tengo un deber de respetar a otros que no depende de mi consentimiento de respetarlos, y menos aún de mi consentimiento a una obligación de hacerlo. ¿Para qué es, entonces, el consentimiento un prerrequisito? Una línea de argumento sostendrá que ninguna obligación cuyo cumplimiento afecta a una persona puede ser válida sin su consentimiento. Pero esto parece muy implausible. Las obligaciones de otras personas de respetarme, de no matarme, así como su deber de proteger el medio ambiente, por ejemplo, me afectan profundamente, y sin embargo ellas las tienen independientemente de mi consentimiento. Y parece plausible pensar que yo tampoco pueda liberarlos de esas obligaciones. No puedo liberarlos de su obligación de proteger el medio ambiente porque su impacto sobre mí no es central para su justificación. Pero tampoco puedo liberar a las personas de su deber de respetarme, o de respetar mi humanidad como habría dicho KANT, aunque yo sí sea central para su justificación. Cierto es que mi consentimiento puede convertir a ciertos actos, que sin él infringirían ese deber, en inocuos. Por ejemplo, al darte mi coche como regalo, convierto al hecho de que te vayas conduciendo en él de ser un robo a ser en un uso permisible de tu propiedad. Pero el efecto de mi consentimiento presupone la existencia de un deber previo, y su alcance (¿puedo consentir ser matado o ser convertido en esclavo?) está determinado por ese deber, que existe independientemente de mi consentimiento.

Así que volvamos a la sugerencia más plausible, a saber, que nadie puede intencionalmente imponer una obligación a una persona sin el consentimiento de ésta. Esta idea se supone que está ligada al ideal de autonomía personal. ¿Qué es lo que hace de las obligaciones intencionalmente creadas por otro un caso especial que requiere el consentimiento? No puede ser el contenido de estas obligaciones, porque la demanda de consentimiento no se hace depender del contenido de las obligaciones. Depende de su fuente. Dado que sólo una cosa se conoce de la fuente, a saber, que se supone que es una autoridad, la demanda de consentimiento parece depender de la relación general que se indica: una relación de una persona sometida a la voluntad de otra.

¿No da la impresión de que hemos vuelto al principio? ¿No habíamos considerado ya ese preciso punto? ¿No se trata de la pregunta moral que fue contestada antes? Si aquélla fue una buena respuesta, y nada se ha dicho que indique lo contrario, ¿por qué hemos retornado a ella? Cabe presumir que haya un sentimiento residual de que la respuesta anterior no cubrió todos los aspectos del problema moral. ¿Qué quedó pendiente? ¿Cómo lo podemos encontrar? La vía para una respuesta fue indicada antes. Vimos que el consentimiento es una fuente de obligación sólo cuando algunas consideraciones, independientes del consentimiento, lo reivindican como tal fuente. Y esas consideraciones también determinarían qué tipo de consentimiento se requiere para legitimar a la autoridad y sobre qué materias reinará.

Extrañamente, es este test lo que no encuentro manera de satisfacer. La pregunta moral fue acerca de la legitimidad de que una persona esté sometida a la voluntad de otra. Pero ese problema no se puede resolver vía consentimiento. Supongamos que me dices: «Te impongo la obligación de que vengas mañana a mi fiesta» (y

puedes añadir: «siempre que tú estés de acuerdo, por supuesto»), y yo contesto: «Estoy de acuerdo». Definitivamente consentí ir a tu fiesta. Puedo incluso haberlo prometido. Pero, claramente, sea lo que sea que me hayas dicho, tú no me impusiste una obligación. La obligación es completamente mi propia creación. Pudiste haberme hecho una invitación de una manera divertida, o haber expresado un fuerte deseo de que vaya, nuevamente de una manera divertida. Pero tú no me obligaste a que vaya.

Ahora supongamos que me dices: «Tendrás la obligación de hacer cualquier cosa que te diga que hagas», o: «siempre que te diga que hagas algo que a mi juicio debes hacer de cualquier modo, tú tendrás un deber de hacerlo, siempre que ahora aceptes esto». Si me dices algo así, y yo acepto, entonces, antes de aceptar, y en el momento de la aceptación, yo no estaba sometido a tu voluntad; una vez que he aceptado, estoy sometido a tu voluntad. Esto es análogo a convertirse en esclavo. Yo era libre, y perdí mi libertad. En nuestro caso, yo era independiente de tu voluntad, y ahora estoy sometido a tu voluntad. Por supuesto que no es el caso que estoy sometido a tu voluntad porque así lo quiero. Podía haberlo querido cuando consentí. Pero una vez que he consentido, lo que yo quiera se vuelve irrelevante. Estoy sometido a tu voluntad lo quiera o no. ¿No plantea esto el problema moral, más que responderlo?

Como señalé, aún persiste el sentimiento de que la solución antes dada a la pregunta moral dejó algunas de nuestras preocupaciones sin contestar. Trató el problema como el de una persona que deja que otra decida por ella en lugar de decidir por sí misma. El énfasis fue puesto en «no decidir por sí misma». Mostró que no hay ninguna objeción a ello, que lo debemos aprobar cuando nos hace conformar mejor con la razón. El argumento trazó analogías entre autoridades, agentes, artefactos mecánicos, y demás. Y es ahí donde se queda corta. No advirtió que, aunque son todos casos en los que no se decide por uno mismo, hay una diferencia entre esos casos y el de la autoridad, porque sólo la autoridad implica someter nuestra voluntad a la de otro, y eso no es meramente una cuestión de no decidir por uno mismo.

Concedamos que el problema existe, que quizás la solución ofrecida hasta el momento lo ignora. Subsiste el hecho de que el consentimiento no resuelve el problema. Sólo puede resolver el problema cuando haya una razón para que tal consentimiento nos vincule, y no hay ninguna razón así distinta de aquella que puede prescindir del consentimiento pero no puede explicar por qué un solo acto de consentimiento puede someternos de por vida a la voluntad de otro; o sea, la de que la autoridad nos hará conformarnos mejor con la razón. Se debe advertir que, al negar que el consentimiento sea necesario para la legitimidad, no estoy negando que tenga alguna importancia. Sospecho que la manera en que es tratado en el Derecho de algunos países muestra que se considera significativo, pero no para la legitimidad de una autoridad. A los ciudadanos naturalizados y a los titulares de algunos cargos del Estado a menudo se les exige que expresen su consentimiento formal, pero no necesariamente para la legitimidad de la autoridad. En tanto que el Derecho pretende autoridad sobre todos nosotros pero sólo requiere el consentimiento de algunos, no considera al consentimiento como necesario para su autoridad. Pero el requerimiento de consentimiento puede mostrar que se toma para expresar alguna actitud más específica que se considera requerida en algunos contextos en particular. Más allá del Derecho podemos sentir que el consentimiento marca una diferencia: «ahora (habiendo consentido)

usted sólo puede culparse a usted mismo», decimos a veces. No puedo investigar aquí acerca de tales posibilidades, simplemente reiteraré que las razones dadas no establecen que el consentimiento sea una condición de la autoridad.

Quizás, sin embargo, la popularidad de las explicaciones de la autoridad basadas en el consentimiento tenga algo que decirnos. Quizás, aunque equivocadas, apunten en la dirección correcta. La cuestión es una cuestión relativa a la apropiación. El aspecto del problema moral que estamos enfrentando no es el de los límites a la propia libertad que ponen el Derecho u otras directivas autoritativas. Es el de que los límites son impuestos deliberadamente y que son impuestos por otro. No son límites puestos por mí. Las explicaciones basadas en el consentimiento son atractivas porque buscan convertir a los límites en límites propios del agente. Son quiméricas porque no logran hacerlo. Siguen siendo límites impuestos, deliberadamente impuestos por otro. Mi consentimiento histórico no puede tener la importancia puesta en él; no puede convertir a los límites en propios.

Lo que necesitamos, cabe pensar, es otra manera de explicar la apropiación, de explicar cómo las órdenes de la autoridad pueden perder el carácter de sometimiento de una persona a la voluntad de otra. Ahí es donde comienza la búsqueda de identidades colectivas.

6. IDENTIDADES COLECTIVAS

El defecto de las teorías del consentimiento consiste en que huyen de la realidad. Afirman que lo que no es mío es mío, a pesar del hecho patente de que me vincula independientemente de mi voluntad y a menudo en contra de mi voluntad. Lo mejor que se puede decir a favor de ellas es que nos convierten a cada uno en esclavos de nuestras propias decisiones cuando éramos jóvenes. Pero hay otra vía. Una regla o directiva puede ser ni impuesta sobre mí por otro ni hecha por mí. Podría ser hecha por "nosotros", por una colectividad de la cual formo parte. Los ejemplos más simples y menos polémicos derivan de empresas colectivas limitadas. Seis amigos podemos ir a un viaje de aventura juntos u organizar una fiesta o una conferencia juntos. Y podemos decidir, consultándonos mutuamente, qué hacer para perseguir nuestra empresa colectiva, decisiones que nos vinculan a todos y cada uno de nosotros. Así como ninguna de ellas es tomada por mí, ninguna de ellas es impuesta sobre mí por la voluntad de otro. Son decisiones tomadas por nosotros. ¿No es una condición adicional necesaria para la legitimidad de la autoridad que actúe para una colectividad, de forma tal que sus directivas no son impuestas a los miembros de ese grupo sino que son sus propias decisiones tomadas colectivamente, quizás por medio de sus agentes o representantes?

6.1. ¿Actúan las autoridades en nombre de la gente? Colectividades y acciones colectivas

Hay un discurso sobre las colectividades, su identidad y acción, y cómo nos relacionamos con ellas cuando decimos que "nosotros", queriendo decir la Universidad

de Oxford, "hicimos esto o aquello" o "valoramos mucho estos ideales", etc. Éste es un discurso comprensible, y por tanto tiene condiciones de verdad, y hay estados de cosas en virtud de los cuales tales enunciados son verdaderos o falsos.

No tengo ninguna razón general para pensar que no existen autoridades prácticas, es decir, autoridades con un derecho para gobernar u ordenar, que no son los órganos de colectividades del modo en que los gobiernos son los órganos de países o Estados. Pero bien puede ser que los casos en que las autoridades actúan en nombre de colectividades y son órganos de colectividades sean los típicos. Pueden ser el paradigma en relación al cual entendemos todas las autoridades. Así que concedamos ese punto, necesario para el éxito de la idea de que la respuesta al problema moral es que las acciones de las autoridades son nuestras acciones.

Éste no es el lugar para investigar las condiciones de verdad de las proposiciones sobre la acción colectiva. Pero un aspecto de tal investigación es importante para nuestro propósito: ¿es el caso que una universidad, un país, un gobierno, o cualquier otra colectividad, es *mi* universidad, país o gobierno sólo si me identifico con él?

La noción de identificación es a la vez importante y oscura, pero pienso que no puede haber ninguna duda de que la respuesta a la pregunta es negativa. La Universidad de Oxford es mi universidad tanto si me identifico con ella como si no. Tu país es tu país te guste o no, tanto si te sientes ajeno a él como si no, y este gobierno es el gobierno de todas las personas de este país, por mucho que ellas lo odien. Hubo momentos en el pasado en los que muchos anglo-irlandeses no se identificaban con Irlanda y su gobierno. No lo consideraban su Estado ni su gobierno. Pero Irlanda era su Estado, y su gobierno era su gobierno. No de manera infrecuente encontramos en un país individuos o grupos que no se identifican ni pueden llegar a identificarse con su país, ni consideran a su gobierno como el suyo. Ellos no usarán el lenguaje del "nosotros", como en "nosotros acabamos de cambiar el Derecho para hacer más difícil quedarse en el país a quienes buscan asilo". Su negativa, a menudo su incapacidad para usar tales locuciones, es algo muy significativo, pero no cambia el hecho de que ése es su país, su Derecho y su gobierno.

6.2. ¿Se resuelve el problema moral cuando la acción de la autoridad es la nuestra?

El hecho de que las personas puedan sentirse ajenas a sus países, que puedan negarse a hablar de lo que "nosotros" hicimos al hablar de sus países, suscita severas dudas acerca de la tesis de que la respuesta al problema moral sea que las órdenes de las autoridades son nuestras órdenes, incluso cuando somos sus súbditos. Dígaseles esto a las personas que se sienten ajenas a sus países o a sus regímenes. Dígaseles que son ellos quienes aprobaron las leyes que consideran anatemas, etc. Es una triste forma de engaño pensar que el hecho de ser la autoridad de su país hace que las órdenes de esa autoridad sean sus propias órdenes en algún sentido que resuelva el problema moral.

Una respuesta a esta cuestión es decir que hay un sentido diferente de pertenencia, de que un grupo sea nuestro grupo, de que sus acciones sean nuestras acciones; un sentido que sí llena el vacío que estamos considerando. Quizás. Puede haber un

sentido de pertenencia a un país, o de identificación con su régimen (o sea, con su constitución política), un sentido que permitiría a la gente afirmar que las acciones de la autoridad con la que se identifican son sus propias acciones, disolviendo así el problema moral. La pregunta es: ¿significa esto que el poder legítimo de las autoridades está limitado a las personas que así se identifican con las colectividades que las autoridades representan? ¿Significa esto, por ejemplo, que los anglo-irlandeses que no se identificaron con Irlanda y su gobierno no estuvieron sometidos a su autoridad, que no estuvieron sometidos al Derecho de Irlanda?

El problema de los límites de la autoridad del Estado tiene un alcance aún mayor. Tendemos a creer que los Estados tienen alguna jurisdicción extraterritorial y que en todo caso tienen jurisdicción territorial sobre todas las personas dentro de las fronteras del Estado. Pero no esperamos que los visitantes se identifiquen con el Estado o con su régimen. Sería bueno que la población de un país se identificara con él y con su régimen. Pero no hay ningún argumento razonable para negar que cuando el Estado tiene alguna autoridad legítima, su autoridad se extiende más allá del gobierno de aquellos que se identifican con ella.

La identificación puede jugar un papel importante en una teoría de la legitimidad de otra manera. Se podría decir que un requisito de la legitimidad del Estado, y de sus autoridades, es que sería razonable que sus ciudadanos se identificaran con él. Se piensa que la identificación no es un hecho bruto, es una actitud, que, igual que las creencias, emociones y deseos, es sensible a razones. Hay, o puede haber, razones para identificarse y razones para no identificarse. Por lo tanto, algunas veces identificarse es razonable, y otras no[23]. Se podría afirmar que es una condición de la legitimidad de una autoridad el que sea razonable para sus súbditos identificarse con ella. Puede que así sea, al menos en el caso de algunas autoridades. Pero no es sorprendente que crea que la concepción de la autoridad como servicio provee las condiciones para el cumplimiento de este requisito (los otros tienen que ver con las relaciones del individuo con la autoridad o el organismo en el nombre del cual actúa). De esta manera, esa idea no ofrece ni una crítica ni un complemento a la teoría de la concepción de la autoridad como servicio.

6.3. ¿Deben las autoridades legítimas actuar también en nombre de colectividades? ¿Tiene ello importancia?

Este breve argumento se basa en el hecho de que las personas, incluyéndome, que creemos que las autoridades políticas pueden alguna vez ser legítimas, sostenemos opiniones sobre su legitimidad en muchos casos concretos que no pueden conciliarse con la opinión de que los organismos políticos sólo tienen autoridad legítima sobre las personas que se identifican con ellos o con los regímenes a través de los cuales ellos actúan. Algunos pueden sostener que deberíamos revisar nuestras creencias sobre el alcance de la autoridad. Mi sensación es que eso sería un error. El problema de la apropiación, al cual se supone que la identificación es la respuesta, es una cuestión mal enfo-

[23] Algunas personas dirían que a veces uno debe o tiene un deber de identificarse, aunque yo lo dudo.

cada. No es parte de nuestra comprensión normal de la autoridad que sus acciones sean las acciones de sus súbditos. Al contrario, la comprensión normal es que la autoridad implica una relación jerárquica, que implica una imposición sobre el súbdito. La concepción de la autoridad como servicio explica cómo y cuándo tal poder se puede justificar, al menos en el sentido de ser para bien. La búsqueda de una solución al problema de la apropiación quizás sea mejor verla como un ideal al cual aspirar: sería bueno, deseable, que la mayoría de los súbditos de una autoridad política se identifiquen con el régimen para el cual ella actúa. Pero la identificación no debe ser considerada como una condición de legitimidad.

(Trad. de Paula Gaido)

LA CONCEPCIÓN DE LA AUTORIDAD COMO SERVICIO PUESTA A PRUEBA

Ángeles Ródenas

Universidad de Alicante

RESUMEN. El objeto de este trabajo es cuestionar la tesis normativa contenida en la concepción de la autoridad como servicio de Raz, así como algunos de los presupuestos conceptuales sobre los que dicha concepción se asienta. Respecto de la tesis normativa, se muestra que la concepción de la autoridad como servicio no es una concepción completa, esbozando para ello las características genéricas de *dos tipos de situaciones comprometedoras* para dicha concepción. Estas dos situaciones comprometedoras no son sino ejemplificaciones de *algunos argumentos clásicos* empleados por la filosofía política para justificar la autoridad. La idea es que nuestra concepción actual de la autoridad es el resultado de una sucesión histórica de necesidades, experiencias y reflexiones capaces de proporcionar razones que, aunque en algunos contextos operen entimemáticamente, son plenamente operativas. Recalar en estas construcciones y no hacer borrón y cuenta nueva lleva a cuestionar algunos de los presupuestos conceptuales sobre los que se asienta la concepción de la autoridad como servicio y a extraer alguna lección útil de cara a la articulación de *una concepción integradora de la autoridad.*

Palabras clave: Raz, legitimidad de la autoridad, concepción de la autoridad como servicio.

ABSTRACT. The purpose of this work is to question two dimensions of Raz's service conception of authority: its normative thesis and some of the conceptual grounds underlying that conception. Concerning the normative thesis, an outline of *two types of compromising situations* for the service conception proves that this conception is not complete. These two compromising situations are only instantiations of *some classic arguments* used in political philosophy to justify authority. The idea is that our current conception of authority is the result of a historical succession of necessities, experiences and reflections that provide reasons which are fully operative although they operate entimematically in some contexts. To be aware of these constructions and not simply to ignore them leads to questioning some of the conceptual grounds upon which the service conception is based, and to obtaining some useful lessons in order to implement *a comprehensive authority conception.*

Keywords: Raz, legitimation of authority, service conception of authority.

1. INTRODUCCIÓN

En un reciente trabajo que lleva por título «El problema de la autoridad: De nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio» [1], Joseph RAZ responde a muchas de las objeciones que a lo largo de los últimos años se han dirigido contra la concepción de la autoridad como servicio, introduciendo algunos matices y terminando de perfilar los aspectos centrales de su concepción. Como quiera que también yo hace algún tiempo me ocupé del problema de la justificación de la autoridad política y, muy centralmente, de la concepción de RAZ [2], el reto para mí estaba servido: poner a prueba la solidez de esta nueva versión de la concepción, oponiéndole algunas objeciones también mucho más refinadas.

Voy a dar por sentado que el lector conoce ya cuáles son las líneas maestras de la concepción de la autoridad como servicio. De manera que aquí sólo voy a exponer brevemente aquellos presupuestos conceptuales que figuran en la nueva versión de la concepción de la autoridad de RAZ que me sean indispensables para que mi crítica resulte inteligible. Algunos de esos aspectos suponen novedades respecto de la versión original de la concepción, mientras que otros son simples refinamientos de tesis anteriores. Concretamente son cuatro los aspectos de esta nueva versión que voy a destacar, a saber:

1.1. Primero: el carácter normativo del concepto de autoridad

El carácter normativo del concepto de autoridad es una idea que está presente en RAZ ya desde las primeras versiones de la concepción de la autoridad como servicio [3]. La dependencia de la noción de autoridad *de facto* respecto de la de autoridad legítima es un presupuesto metodológico raziano fundamental. RAZ ha insistido siempre en que una persona necesita más que poder (como influencia) para ser autoridad *de facto.* Para que alguien sea autoridad *de facto* no basta con que pueda imponer decisiones usando la fuerza bruta, sino que además es necesario que se produzca el reconocimiento por un número significativo de personas de que tal imposición está bien fundada. Es necesario, en suma, que la gente *crea* que se trata de una autoridad legítima (lo sea realmente o no). Si para predicar de alguien que es una autoridad *de facto* debemos de tener (al menos) algunas creencias en torno a qué le hace una autoridad legítima, cualquier intento por esclarecer qué es una *autoridad de facto* pasa primero por indagar qué es lo que consideramos como autoridades legítimas, y no a la inversa.

Una cuestión conexa a la anterior de la que se ocupa ahora nuestro autor, y que supone una novedad, es de las dificultades para elaborar un *concepto explicativamente neutro* de autoridad. RAZ entiende por *concepto explicativamente neutro* aquel que per-

---

[1] *Cfr.* «El problema de la autoridad: De nuevo sobre la concepción de la autoridad como servicio» (trad. de Paula GAIDO), en este número de *Doxa,* 29-2007.

[2] *Cfr.* RÓDENAS, Á., 1996: *Sobre la justificación de la autoridad,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

[3] *Cfr.,* RAZ, J., 1982: *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. de R. TAMAYO SALMORÁN), México: UNAM, pp. 23 y 45.

mitiría explicar aquello en lo que la autoridad consiste, con total independencia de la tesis normativa que sobre su justificación se sostenga. Dicho de otra forma, se trataría de fijar un concepto *(explicativamente neutro)* de autoridad, válido para cualquier concepción *(normativa)* y obtenido, como mínimo común denominador, a partir de las diferentes concepciones disponibles sobre la autoridad. Pues bien, de acuerdo con RAZ, resulta del todo imposible construir un concepto explicativamente neutro de autoridad. Para esclarecer qué es una autoridad debemos primero saber qué es lo que nos lleva a afirmar que una determinada autoridad es legítima. Debemos, en suma, tener una teoría normativa respecto de qué es la autoridad legítima.

1.2. Segundo: la autoridad como término de enlace. Las dos partes de la teoría de la autoridad

RAZ distingue dos partes en su teoría de la autoridad. A saber: 1) las condiciones bajo las cuales se puede adquirir o sostener autoridad, y 2) qué es lo que se sigue cuando alguien tiene autoridad[4]. La distinción entre estas dos partes de la teoría me parece inobjetable, la cuestión que me parece más oscura es cómo se articulan estas dos partes entre sí. Ver la noción de autoridad como un *término de enlace* entre las dos partes de la teoría de la autoridad puede arrojar alguna luz a este respecto. Por ejemplo, recordemos que en el análisis rossiano del derecho de propiedad el concepto *propiedad* es concebido como un término de enlace que media entre una disyunción de hechos condicionantes y una conjunción de consecuencias normativas. De manera semejante, la noción de autoridad legítima puede concebirse como un término de enlace entre las dos partes de la teoría de la autoridad. El concepto de autoridad legítima serviría para enlazar ciertos hechos condicionantes con las consecuencias que se siguen de afirmar que alguien es una autoridad; operaría como un concepto bisagra que permite articular las condiciones bajo las cuales se puede adquirir o sostener autoridad, de un lado, con las consecuencias que se siguen de afirmar que alguien es autoridad, de otro.

Partiendo de esta propuesta de reconstrucción, no está de más que recordemos muy brevemente en qué consisten tales hechos condicionantes y cuáles son las consecuencias que llevan aparejadas. Empezando por las condiciones bajo las cuales se puede adquirir o sostener autoridad, RAZ señala que los requisitos serían dos: la *tesis de la justificación normal* y la *condición de independencia [the independence condition]*[5]. De acuerdo con la tesis de la justificación normal, «el destinatario se conformaría mejor con las razones que se le aplican (es decir, con las razones que no son las directivas de la autoridad) si intenta ser guiado por las directivas de la autoridad que si no lo hace». Por su parte, la condición de independencia supone «que las cuestiones respecto de las cuales se reúne la primera condición son tales que en relación a ellas es mejor conformarse con la razón que decidir por sí mismo, sin la ayuda de la autoridad». La idea de RAZ es que, para que la renuncia a decidir por nosotros esté justificada, debe estar en juego un bien sustancial y, además, tal renuncia no debe suponer

[4] *Cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 1, punto cuarto.
[5] *Cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 2.

«un menoscabo de la autenticidad de nuestra propia vida, o de nuestra habilidad de conducir una vida autosuficiente o satisfactoria»[6].

En cuanto a las consecuencias que se siguen de afirmar que alguien tiene autoridad, éstas se concretarían en la llamada *tesis del reemplazo.* De acuerdo con dicha tesis, las directivas de la autoridad reemplazan a las razones subyacentes de aquellos que están sometidos a la autoridad[7]. Las autoridades no pueden cumplir con su función de mejorar nuestra conformidad con las razones subyacentes si sus directivas no nos llevan a actuar de manera diferente a como lo habríamos hecho de no existir tales directivas. La tesis del reemplazo muestra las implicaciones prácticas de la noción de autoridad. Si en el plano de los hechos condicionantes RAZ vincula las autoridades prácticas a las teóricas, ya que la justificación de aquéllas descansa en su carácter experto, en el plano de las consecuencias encontramos la diferencia: sólo las autoridades prácticas generan razones protegidas para la acción.

1.3. Tercero: la extensión flexible del concepto de autoridad

Aunque RAZ no emplea esta terminología, la extensión flexible del concepto de autoridad es una idea que ha estado presente en sus trabajos desde el principio. En este artículo vuelve a insistir nuevamente en que, debido a los elementos epistémicos que condicionan la autoridad, la concepción de la autoridad como servicio permite una considerable variabilidad en el alcance de la autoridad gubernamental sobre la población sobre la cual pretende autoridad[8]. Y en este sentido señala que «una persona u organismo ostenta autoridad con respecto a toda un área si esa persona u organismo reúne las condiciones relativas a esa área, y no hay ninguna parte apropiada del área con respecto a la cual se pueda reconocer que la persona u organismo falla en las condiciones»[9]. En suma, el ejercicio legítimo de las relaciones de autoridad está sujeto a condiciones epistémicas que son relativas a cada autoridad y a cada sujeto sometido a la misma, por lo que difícilmente comprenderá, para todos y cada uno de los individuos, todos y cada uno de los mandatos que las autoridades emiten. Repárese en que la incorporación de este elemento de flexibilidad convierte en vano todo esfuerzo por hacer ingresar la concepción de la autoridad como servicio en las filas de positivismo ideológico.

1.4. Cuarto: la dimensión histórica del concepto de autoridad

La dimensión histórica del concepto de autoridad no ha sido algo de lo que RAZ se haya ocupado de manera significativa. No obstante, en su último trabajo se incluye una reflexión a este respecto que resulta bien interesante[10]. RAZ contrapone un con-

---

[6] *Cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 2.
[7] *Cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 2.
[8] *Cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 3, apartado 7.
[9] *Cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 3, apartado 5.
[10] Aunque —dicho sea de paso— también bastante menesterosa de desarrollo.

cepto amplio de autoridad, «que comprendería la serie entera de conceptos ascendientes»[11], a un concepto de autoridad *"simpliciter",* que sería «nuestro concepto de autoridad en tanto que sólo él es nuestra vía de acceso a todos sus ascendientes que se identifican por sus relaciones con él»[12]. Lo que RAZ parece querer indicarnos es que el concepto de autoridad puede ser abordado bien de forma compleja, incorporando aspectos relativos a su dimensión histórica, o bien desde una perspectiva sencilla y más actual, que se preocuparía centralmente de la forma en que hoy en día concebimos la autoridad. Es esta última aproximación la escogida por nuestro autor.

A lo largo de las páginas que siguen me iré apoyando en estos aspectos de la concepción raziana de la autoridad para ir construyendo mi crítica. El objeto de mi trabajo es doble: de un lado, cuestionar la tesis normativa contenida en la concepción de la autoridad como servicio. Y, de otro lado, cuestionar algunos de los presupuestos conceptuales sobre los que se asienta. Respecto de la tesis normativa, voy a tratar de mostrar que la concepción de la autoridad como servicio no es una concepción completa[13], ya que no expresa ni el conjunto de condiciones necesarias para que se produzca justificadamente el reemplazo del juicio propio por el de otro sujeto, ni tampoco el conjunto de condiciones suficientes. La concepción expresaría el conjunto de condiciones necesarias para que se produjera el reemplazo si siempre debieran concurrir las condiciones especificadas en la misma para que tal reemplazo se produjera justificadamente; esto es, si únicamente cuando la autoridad fuera experta estuviera justificado el reemplazo. Pero voy a tratar de mostrar cómo, bajo ciertas condiciones, tiene sentido hablar de reemplazo aunque no haya pericia. En resumen, si hay autoridades que deben ser obedecidas, aunque con ello no maximicemos la conformidad con las razones subyacentes que nos son aplicables, la tesis de RAZ de que sólo puede tener autoridad legítima quien es autoridad teórica[14] se desmorona.

Pero mi objeción va más allá. Como ya he apuntado, la concepción de la autoridad como servicio tampoco expresa el conjunto de condiciones suficientes para que se produzca el reemplazo. La concepción expresaría el conjunto de condiciones suficientes si siempre que concurrieran las condiciones especificadas en la concepción debiera producirse el reemplazo (aunque éste también pueda producirse bajo otras condiciones). Pero, a mi juicio, no basta con que se den las condiciones de la tesis de la justificación normal para que esté justificado el reemplazo. No siempre debemos obedecer a autoridades expertas, aunque éstas nos lleven a maximizar la conformidad con las razones que nos son aplicables. Trataré de especificar cuáles son las condiciones de otro tipo de situaciones en las que, pese a darse las condiciones contempladas en la concepción de la autoridad como servicio, resulta cuanto menos discutible que esté justificado el reemplazo, por lo que también respecto del requisito de la suficiencia la pretensión de completitud de la concepción falla nuevamente.

---

[11] RAZ es muy parco sobre toda esta cuestión. Se limita a señalar que un concepto es ascendiente «si el concepto que le sucedió surgió como una modificación del concepto ascendiente, y conservó respecto a él similitud suficiente, o bien en sus rasgos o bien en su función...», *cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 1, punto quinto.

[12] *Cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 1, punto quinto.

[13] Sobre la pretensión de exhaustividad de la teoría, *cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 1, punto cuarto.

[14] *Cfr.* RAZ, 2007: epígrafe 4.

Debo aclarar que el fracaso en la pretensión de completitud no es algo que por sí mismo me parezca criticable, pues, a mi juicio, la pretensión de completitud es sencillamente imposible de satisfacer. Las razones de mi crítica a RAZ son de otra índole, y se concretarían en tres objeciones metodológicas interrelacionadas que poco a poco irán aflorando a lo largo de estas páginas: en primer lugar, RAZ ignora las razones por las cuales la pretensión de completitud resulta imposible de satisfacer. En segundo lugar, su concepción no es *integradora;* a lo largo de su trabajo aparece concebida —más allá de lo que sería un mero recurso estilístico— como una concepción competitiva frente a otras rivales. Y, finalmente, por decirlo con su propia terminología, RAZ renuncia a elaborar un concepto amplio de autoridad, en beneficio de un concepto *"simpliciter".*

La estrategia que voy a desplegar va a ser la siguiente: en primer lugar, en el próximo apartado dibujaré a grandes rasgos las características genéricas de *dos tipos de situaciones comprometedoras* para la concepción de la autoridad como servicio. En la primera de dichas situaciones, pese a no darse las condiciones establecidas en la tesis de la justificación normal, tiene pleno sentido postular el reemplazo del juicio propio del sujeto por las directivas procedentes de la autoridad. Mientras que, en la segunda, dándose las condiciones, no tiene sentido el reemplazo. Por supuesto, ambas situaciones no son sino ejemplificaciones que tomo como punto de partida para mostrar, en el siguiente apartado, *algunos argumentos clásicos* empleados a lo largo de la historia de la filosofía política para justificar la autoridad política. Recalar en ellos y no hacer borrón y cuenta nueva me permitirá, en el último apartado, extraer alguna lección útil de cara a la articulación de *una concepción integradora de la autoridad.*

2. ALGUNAS SITUACIONES COMPROMETEDORAS

Quiero someter a la consideración del lector dos tipos de situaciones, a las que me voy a referir, respectivamente, como *1) el caso de las autoridades emergentes no expertas* y *2) el caso de las autoridades democráticas no expertas.* Voy a tratar de mostrar que, en ambos casos, pese a no darse las condiciones establecidas en la tesis de la justificación normal, puede tener pleno sentido postular el reemplazo del juicio del propio sujeto por las directivas procedentes de la autoridad.

2.1. El caso de las autoridades emergentes no expertas: las autoridades hobbesianas

Imaginemos una situación de vacío de poder en la cual sólo un individuo —o grupo de individuos que actúan colegiadamente— es capaz de imponer su voluntad sobre el conjunto de la población de forma tal que, aunque no se garantizan en su integridad los derechos fundamentales de los individuos, quedan asegurados ciertos bienes mínimos que son necesarios para la supervivencia de los individuos y que de otra forma no lo estarían. Se trata de bienes vinculados a derechos tan elementales como son el derecho a la vida o a la integridad física. Es fundamental para que mi ejemplo funcione que no puedan procurarse tales bienes primarios de ninguna

otra forma; no debe haber una alternativa viable a la de la autoridad *de facto* emergente.

Como mi lector habrá podido adivinar, estoy pensando en un tipo de relación de autoridad próxima al modelo hobbesiano. Presupone una situación de vacío de poder en la que el hombre bien puede ser visto como un lobo para el hombre. Si en un contexto tal la autoridad de un individuo consiguiera imponerse sobre los demás, bien podría predicarse de la misma un cierto tipo de legitimidad. Se trataría, eso sí, de una legitimidad basada en argumentos de tipo *mal menor:* la autoridad es un mal que hay que tolerar, ya que la alternativa de su desaparición implicaría un riesgo mayor para la vida e integridad de los sujetos. En suma, tener autoridades resulta preferible a la alternativa de no tenerlas. La autoridad es *institucionalmente necesaria* para la supervivencia de los individuos que integran el colectivo.

No pretendo que las autoridades *de facto* emergentes ostenten un derecho a mandar —correlativo a un deber de obediencia— ilimitado. Tal derecho no estaría siempre fundamentado: no lo estaría, por ejemplo, si la materia sobre la que legislaran menoscabara gravemente los derechos fundamentales tanto de los individuos a ella sometidos como de cualquiera otros. Tampoco lo estaría en aquellos casos en los que la disidencia pudiera provocar una mejora en el comportamiento de la autoridad emergente, o si no tuviera coste alguno de cara a su estabilización (por ejemplo, si no es previsible que nadie se percate del acto de desobediencia). La repercusión pública de la desobediencia nos lleva, por último, a la clase de destinatarios de las directivas autoritativas: no se miden igual las consecuencias de la desobediencia de jueces y órganos de aplicación y ejecución del Derecho, que la del resto de ciudadanos. Es la conducta de aquéllos y no de estos últimos la que suele ser decisiva para la supervivencia del Derecho y, con ella, de la autoridad política.

Pero todavía es necesario enriquecer algo más los rasgos de este primer tipo de situación comprometedora para la concepción de la autoridad como servicio. A continuación voy a exponer cuatro posibles objeciones a la legitimidad de las autoridades hobbesianas y a tratar de rebatirlas. Los argumentos que emplee para rebatir estas objeciones me ayudarán a terminar de esbozar las características de la relación hobbesiana de autoridad en la que estoy pensando.

2.1.1. Un modelo de autoridad muy atrás en el tiempo

Una primera objeción que se podría dirigir a mi ejemplo es que el tipo de relación de autoridad del que se ocupa queda muy atrás en el tiempo; el tipo de argumentos que emplea podían estar bien para el contexto histórico-político en que HOBBES escribía, pero no son argumentos idóneos para la era moderna. En el contexto actual, una situación como la aquí descrita puede parecer algo forzada, casi de laboratorio. No obstante, a poco que reflexionemos, podemos encontrar instancias de aplicación de la misma, sin necesidad de retrotraernos mucho en el pasado: ésta podía ser la situación en el Líbano en los ochenta. Y, si se prefiere un ejemplo todavía más reciente, la situación no difiere mucho de lo que una prognosis realista puede augurar para Irak en un futuro inmediato. Si en situaciones como éstas un individuo o grupo de individuos estuviera en condiciones de imponer su voluntad por encima de la de los demás,

de manera que se pudiera poner término al tremendo coste de vidas humanas que conlleva la situación de vacío de poder, probablemente podríamos predicar de ella *cierto tipo de legitimidad.*

2.1.2. Una autoridad "a la carta"

Otra objeción que se podría dirigir a mi ejemplo es que éste es tramposo, ya que no fundamenta una legitimidad tan amplia como la que la autoridad emergente pretende. La autoridad emergente pretende autoridad respecto de todos sus mandatos, en todos los casos y respecto de todos los ciudadanos, pero en mi ejemplo sólo lo consigue respecto de ciertas materias —las que no comprometen seriamente Derechos fundamentales—, en ciertos casos —los especialmente sensibles a la desobediencia— y respecto de ciertos sujetos —básicamente jueces y órganos de aplicación y ejecución del Derecho—. Se trataría, en suma, de algo así como una *autoridad a la carta.* Ahora bien, por extraño que parezca, para contraatacar esta objeción tengo en RAZ a mi mejor aliado. Como destaqué en la introducción, debido a los elementos epistémicos que condicionan la autoridad, RAZ mantiene una extensión flexible del concepto de autoridad: la concepción de la autoridad como servicio permite una considerable variabilidad en el alcance de la autoridad gubernamental sobre la población respecto de la que se pretende autoridad. Por lo tanto, la admisibilidad o no de una autoridad como la hobbesiana dependerá de si somos capaces de fijar de manera más o menos estable ciertas áreas, variables según los destinatarios, en las cuales el reconocimiento de un derecho a mandar de la autoridad sea legítimo. Si tal cosa es lógicamente posible respecto de las autoridades expertas de RAZ, me parece difícil negar que lo pueda ser respecto de las autoridades hobbesianas.

Quizás sea conveniente aclarar aquí que el reconocimiento del derecho a mandar de una autoridad —y del correlativo deber de obedecerla— dentro de cierta área es algo que puede ser cuestionado bajo ciertas circunstancias. No puede serlo lógicamente en todos los casos en los que se produce la ocasión de cumplir con los mandatos la autoridad, pues en tal caso dejaríamos de tener autoridades prácticas, pero sí puede serlo eventualmente. No me es posible ocuparme aquí de las circunstancias en las que tal cuestionamiento es aceptable, pero me parece importante destacar que sólo podría serlo cuando llevara consigo una revisión del área en relación con la cual reconocemos autoridad[15]. Ya sea ésta una autoridad de tipo hobbesiana o raziana.

2.1.3. Deber de obediencia sin autoridad

También se podría objetar a mi ejemplo que, en las situaciones como las arriba descritas, sólo se podría hablar de una *obligación política,* que se concretaría en un deber restringido de obediencia, pero no de un *genuino reconocimiento de autoridad.* Lo único que el ejemplo de las autoridades hobbesianas lograría mostrar es la existencia de un deber fundado de obedecer al Derecho (dentro de los límites antes per-

[15] *Cfr.* RÓDENAS, A., 1996: pp. 171 y ss.

filados), pero nunca la legitimidad de la fuente emisora de los mandatos. Esta objeción tendría todo el sentido si no fuera posible delimitar áreas en las que pudiéramos hablar de un deber de obediencia justificado, pero, como acabamos de ver, si tal cosa es posible respecto de las autoridades expertas, debe serlo también respecto de las hobbesianas.

Si tiene sentido hablar de un deber restringido de obediencia en estos contextos, ¿por qué no hablar entonces de un correlativo derecho a mandar de la autoridad? O, dicho en otros términos, ¿de una relación legítima —aunque restringida a ciertas áreas— de *autoridad*? La única objeción seria que se podía hacer a este argumento pasaría por demostrar que estamos en presencia de un deber de obediencia que no sería el correlato de un derecho a mandar: aunque efectivamente podríamos hablar de un deber de obediencia a la autoridad emergente, sería dudoso que otro tanto cupiera respecto del derecho a mandar de ésta. Pero entonces la pregunta es: ¿por qué cuando una autoridad se fundamenta en la pericia —maximización de la correspondencia con las razones subyacentes que tiene el agente— sí hablamos de un derecho a mandar, pero cuando se fundamenta hobbesianamente tal cosa no es posible? A mi juicio, la plausibilidad de una justificación de la autoridad como la hobbesiana depende de si, para tales casos, podemos hablar, en algún sentido intersubjetivamente aceptable, de un derecho a mandar correlativo a un deber de obediencia. Pienso que tal cosa es posible. Pero mostrar cómo lo es y, sobre todo, de qué forma resulta conciliable con otras formas de fundamentar las autoridades políticas es algo que tendrá que ser postergado por unas páginas.

2.1.4. El ejercicio de autoridad en contextos ordinarios

Finalmente, se le podría objetar a mi ejemplo que, aunque eventualmente pueden producirse situaciones como las en él descritas, se trata de situaciones extraordinarias, que no dan cuenta de lo que es el ejercicio ordinario de autoridad. Los contextos ordinarios de ejercicio de autoridad son contextos competitivos, en los que más de un sujeto —o conjunto de sujetos— compiten entre sí por ocupar la posición de autoridad política, sin que el coste de una transacción suponga la pérdida de bienes esenciales para la supervivencia de los individuos. En situaciones ordinarias no seguir los mandatos de una autoridad *(de facto)* no nos lleva sin más a un vacío de poder. Si una autoridad *de facto* no es capaz de maximizar la conformidad con las razones subyacentes que tienen los individuos, ésta puede ser reemplazada por otra sin pagar por ello un coste excesivamente dramático. Ésta es sin duda una de las ventajas que acostumbramos a asociar a ejercicio democrático del poder político.

Esta objeción relativizaría el alcance del argumento hobbesiano: aunque pueda haber supuestos residuales, en los que cabe hablar de una autoridad legítima pero no experta, estos supuestos sólo lograrían mostrar que la pericia no siempre es condición necesaria para el ejercicio legítimo de autoridad, pero en modo alguno que no sea condición suficiente: siempre que concurran las condiciones especificadas en la concepción de la autoridad como servicio debe producirse el reemplazo.

Contestaré a la objeción en la próxima sección, pero anticipo que no me parece contundente. Creo que en contextos ordinarios de ejercicio de poder también pueden

producirse otro tipo de situaciones que resultan comprometedoras para la concepción de la autoridad como servicio y que, por lo tanto, la pericia tampoco es siempre condición suficiente para el ejercicio legítimo de la autoridad. Veamos en qué pueden consistir tales situaciones.

2.2. El caso de las autoridades democráticas no expertas: la autoridad de Juan Triquiñuelas y la de Perfecto Morales

Supongamos pues que el contexto de ejercicio de la relación de poder ha cambiado. Ahora contamos con una situación mucho más estable, en la que una autoridad puede sustituir a otra sin tener que afrontar los dramáticos costes del vacío de poder. La pregunta pertinente es ¿siempre hay que obedecer en este contexto a las autoridades expertas? Si obedeciendo la reputada autoridad práctica de Perfecto Morales me ajusto mejor a las razones subyacentes que me son aplicables que obedeciendo a Juan Triquiñuelas, y el coste de la desobediencia no es —por definición— la vuelta a una situación de vacío de poder, ¿tiene sentido afirmar que en ocasiones debo obedecer a Juan Triquiñuelas? No nos precipitemos en responder. El candidato más idóneo a autoridad legítima parece ser Perfecto Morales, pero ¿qué sucede si Juan Triquiñuelas es una autoridad democrática y Perfecto Morales no lo es?

Raz no se deja impresionar por la contundencia de mi ejemplo. Nunca el argumento democrático ha jugado papel alguno en su concepción de la autoridad y en este último trabajo explícitamente desprecia la virtualidad del mismo [16]. Pero ¿se puede pasar por alto —y de un plumazo— varios siglos de filosofía política?

No puedo ocuparme aquí de la gran cantidad de argumentos y concepciones desde los que se ha defendido la autoridad democrática. Pero, pasando muy de puntillas por la cuestión, las concepciones democráticas de la autoridad más significativas podrían ordenarse de acuerdo con una escala que iría de un menor a mayor grado de confianza en el procedimiento democrático. Así, en el nivel menos comprometido se hallarían, por ejemplo, las *teorías elitistas,* que sitúan la ventaja del procedimiento democrático de toma de decisiones en la facilidad para la sustitución de las elites en el poder. Las *concepciones participacionistas,* por su parte, mantendrían un grado de confianza mayor que el elitismo, al postular que la democracia genera procedimientos para que los individuos introduzcan sus intereses en el juego político. El compromiso más alto con el procedimiento democrático lo asumirían las *concepciones discursivistas* o *deliberativas* de la democracia, para las que la democracia constituiría una forma privilegiada de acceso a la verdad moral.

En suma, las diferentes concepciones de la democracia atribuyen un valor diferente al proceso democrático. No es necesario suscribir ninguna de ellas en su integridad para reconocer a cada una un punto de razón: la democracia facilita, en primer lugar, el reemplazo de una autoridad por otra sin pagar por ello en coste dramático; posibilita, en segundo lugar, la participación de los ciudadanos en la toma de decisiones públicas; puede favorecer, en tercer lugar, el acceso a decisiones moralmente

[16] *Cfr.* Raz, 2007: epígrafe 3, apartado 8 y especialmente la nota a pie de página n.º 20.

correctas. La suma de esta *versión débil* (o, si se quiere, *descafeinada*) de los argumentos esgrimidos desde las anteriores concepciones en la defensa del procedimiento democrático arroja un resultado ciertamente modesto, pero —como se verá— extraordinariamente productivo: la democracia es una práctica valiosa, cuya continuidad constituye un bien colectivo que debe ser preservado.

Por supuesto, no pretendo sostener aquí que para preservar la práctica democrática haya que obedecer siempre a las autoridades democráticas. Ni siquiera desde aquellas de las concepciones anteriores que están más comprometidas con la democracia se ha sostenido una tesis de un calibre tan grueso. El argumento del valor de la práctica está sometido a restricciones análogas a las que hemos visto que condicionaban el valor de las autoridades hobbesianas. Para empezar, resulta bastante discutible que el argumento sea de aplicación en aquellos casos en los que la materia regulada por la autoridad democrática menoscabe gravemente derechos fundamentales de individuos (estén sometidos éstos a la autoridad o no). Además, sólo nos vincula en aquellos casos en los que haya razones para temer que la desobediencia pueda suponer un menoscabo de la práctica. Pero esto no es algo que acontezca en relación a todos los mandatos que emiten las autoridades democráticas. La fuerza de tales razones variará en función de circunstancias tales como la naturaleza de la materia regulada o cuál sea el sujeto destinatario de la misma. A nadie se le escapa que, de cara a la pervivencia de una práctica, no acostumbra a ser el mismo el coste de la desobediencia de un sujeto particular a una norma, que la desobediencia de un órgano encargado de velar por el cumplimiento del Derecho.

Pero si, al examinar el caso de las autoridades hobbesianas, ya habíamos asumido que la pericia no es condición necesaria del ejercicio legítimo de autoridad, ¿a qué viene ahora el argumento del valor de la práctica?: tanto en el caso de las autoridades hobbesianas, como en el de las democráticas, consideraciones distintas a las de la experiencia de la autoridad nos pueden llevar al reconocimiento de ciertas autoridades *de facto* como legítimas respecto de determinadas áreas. Para mostrar qué es lo que aporta de nuevo el argumento del valor de la práctica debemos volver otra vez a las condiciones de partida. Como se recordará, nos encontrábamos en una situación en la que la autoridad práctica de Perfecto Morales entra en conflicto con la democrática —aunque no experta— de Juan Triquiñuelas. Obedecer a Perfecto Morales maximiza la correspondencia con las razones subyacentes que nos son aplicables, pero hacerlo siempre (aun dentro del área de autoridad que está justificado atribuirle) puede poner en entredicho la continuidad de una práctica que estimamos valiosa en su conjunto.

Pues bien, si en determinados casos hay razones para dejar de lado lo que dice la autoridad experta de Perfecto Morales y seguir los dictados de la autoridad no experta de Juan Triquiñuelas, ¿no diríamos que tales razones tienen que ver con la legitimidad que le atribuimos a una determinada forma de gobierno? Y ¿por qué estas consideraciones basadas en la *forma de gobierno* no son razones idóneas en las que fundar la legitimidad de una autoridad?

Raz podría acusarme —en el improbable caso de que leyera estas páginas— de haber vuelto a mezclarlo todo: con su concepción de la autoridad como servicio él ha tratado de contestar a la pregunta de cuándo es racional el reemplazo del propio juicio

de un sujeto por el de la autoridad, dejando a un lado la cuestión de la obligación política para con las autoridades democráticas. Pero precisamente lo que pretendo mostrar con mis dos ejemplos es que esta escisión no puede llevarse a cabo de una manera tan tajante; que, aunque la concepción de la autoridad como servicio puede ser operativa en una gran cantidad de ocasiones, su fuerza no es incondicionada y puede quedar relegada por otras consideraciones que también están conexas a nuestra comprensión de lo que es una autoridad legítima. Tanto en el caso de las autoridades hobbesianas, como en el de las democráticas no expertas, obtenemos argumentos pertinentes para fundar (en relación con determinadas áreas) un derecho a mandar de la autoridad correlativo a un deber de obediencia. En suma, argumentos capaces de justificar el reemplazo del propio juicio de un sujeto por el de la autoridad. Aunque ciertamente tales argumentos no tendrían un carácter absoluto y su aplicabilidad dependería de las circunstancias del contexto, si es posible hablar de *áreas* de ejercicio legítimo de la autoridad en el caso de las autoridades expertas, nada excluye que lo pueda ser también en el caso de las hobbesianas y en el de las democráticas no expertas.

3. DOS ARGUMENTOS PERTINENTES

Recordemos que lo que nos ha llevado hasta aquí ha sido la demanda de respuesta a la siguiente pregunta: ¿Qué es lo que funda el derecho a mandar de quien pretende autoridad? O, dicho de manera más precisa, ¿qué argumentos pueden justificar el reemplazo del juicio propio por el de la autoridad? Sabemos que la respuesta de RAZ se funda en el mayor grado de pericia de la autoridad. De acuerdo con la concepción de la autoridad como servicio sólo el carácter de experto de la autoridad sería un candidato idóneo para responder a estas preguntas. La concepción de RAZ resulta persuasiva porque prescinde de los aspectos históricos y sociopolíticos que operan en el trasfondo de toda relación de autoridad. Como en un ensayo de laboratorio, al individuo se le aísla de toda contaminación contextual y se le sitúa frente a frente con la autoridad. En este ambiente aséptico el sujeto mantiene que sólo debe obedezcer cuando, al así hacerlo, maximiza la correspondencia con las razones que le son aplicables. Pero, a mi juicio, la concepción resulta también empobrecedora, pues, al prescindir del contexto histórico y sociopolítico que acompaña a toda relación de autoridad, hace borrón y cuenta nueva de algunos argumentos que nos son familiares y que han sido empleados recurrentemente por la filosofía política. Dos de estos argumentos, los que he llamado el argumento hobbesiano y el democrático, han sido esbozados en las páginas anteriores. Es hora de volver nuevamente sobre los mismos para terminar de explicar cómo de cada uno de ellos se deduce una razón que fundamenta un derecho a mandar de la autoridad correlativo a un deber de obediencia de los a ella sometidos.

3.1. El argumento hobbesiano

El argumento hobbesiano se reduce a mostrar las ventajas de contar con autoridades políticas, frente a la alternativa de no tenerlas. Viene a decir que las cosas están mejor si tenemos autoridades que sin ellas. Fundamenta, en suma, la *necesidad insti-*

tucional de la relación de autoridad. Pero ¿cuándo resulta operativo el argumento hobbesiano?, ¿cuándo es preferible tener una autoridad al estado de naturaleza? La repuesta debe organizarse en diferentes niveles. En el nivel más elemental, que es del que yo me he ocupado en mi ejemplo, la autoridad resultaría justificada cuando, de no tenerla, se pusiera en peligro bienes básicos como la vida o la integridad de las personas. La autoridad, sencillamente, garantizaría la supervivencia y la integridad física de los individuos a ella sometidos.

Pero, presupuesto el nivel inferior, cabría todavía una respuesta más elaborada, dispuesta en una grada superior. De acuerdo con la misma, la autoridad estaría justificada cuando garantizara una estabilidad mínima tal que hiciera posible el desarrollo de (al menos) algunos planes de vida. Aquí los bienes asegurados no serían ya sólo la vida y la integridad física de los individuos, sino valores como la seguridad jurídica o la eficiencia en la consecución de acciones coordinadas entre sujetos [17]. Aunque no sea éste el lugar para mayores abundamientos, indiscutiblemente ambos aspectos son presupuestos indispensables para el desarrollo de los planes de vida de los individuos. Difícilmente los sujetos podríamos desarrollar un plan de vida autónomo si viviéramos rodeados de incertidumbre respecto de cuáles pueden ser las consecuencias de nuestra conducta. Y otro tanto sucedería si, por la ausencia de una acción coordinada entre individuos, no se pudiera atender a necesidades esenciales para el desarrollo de nuestros planes de vida.

Sea cual sea el nivel argumentativo en el que nos situemos, la pregunta pertinente parece ser ésta: ¿cuando justificamos la autoridad como un mal menor, nuestra argumentación es también moral? De no ser así, RAZ tendría toda la razón al ignorar un argumento como éste. Pero me parece que el argumento debe figurar entre los candidatos a justificar (moralmente) las relaciones de autoridad. Cuando utilizamos el argumento hobbesiano estamos afirmando que es moralmente preferible una autoridad *de facto* no experta, que una situación de vacío de poder en la que no se garantizan bienes elementales para la supervivencia humana, ni se dan las condiciones para el desarrollo de los planes de vida de los sujetos. De la preferibilidad moral de una situación frente a la otra puede derivarse —como ya hemos visto— un deber de obediencia en ciertos casos y respecto de ciertos sujetos. Puede derivarse, en suma, una obligación de reemplazo del juicio propio del sujeto por el de la autoridad en ciertas áreas.

Sea como fuere, es más probable que la resistencia de RAZ a la consideración de este tipo de argumentos se base en un presupuesto metodológico fundamental para su concepción: como se recordará, una de las piedras angulares sobre las que descansa

---

[17] Cuando RAZ se ocupa de descartar como rival de la concepción de la autoridad como servicio el argumento de la coordinación, en realidad está descartando una de las razones que estoy dando aquí como fundamento del argumento hobbesiano. La estrategia de RAZ es la siguiente: reconducir el argumento de la coordinación al de la autoridad experta. En la concepción de la autoridad como servicio la autoridad es también experta en materia de coordinación; sabe detectar cuándo hay un problema de coordinación mejor que los individuos a ella sometida y, además, es capaz de implementar la mejor solución a los problemas de coordinación. Esta estrategia raziana plantea dificultades de las que no me es posible ocuparme aquí (*cfr.* BAYÓN, J. C., 1991: *La normatividad del Derecho, deber jurídico y razones para la acción,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 666 y ss., y RÓDENAS, A., 1996: pp. 187 y ss.), ahora sólo me interesa destacar que el argumento hobbesiano puede fundarse en razones diferentes a las de la coordinación.

la concepción de la autoridad como servicio es la dependencia del concepto de autoridad *de facto* respecto del de autoridad legítima. Para RAZ el concepto de autoridad legítima es previo al de autoridad *de facto.* Ahora bien, aceptar el argumento hobbesiano supondría asumir que la legitimidad de ciertas autoridades depende de que sean autoridades *de facto.* Sólo aquellas autoridades que lo son *de facto* podrían ser autoridades legítimas en sentido hobbesiano. La única autoridad que interesa al argumento es la que consigue imponerse en una situación de vacío de poder. De ahí que la noción de autoridad legítima parezca depender de que se sea autoridad *de facto* y no a la inversa, como RAZ pretende[18].

3.2. El argumento democrático

El argumento democrático, como se recordará, fundamenta la exclusividad de ciertas formas de autoridad en contextos competitivos, en los que dos o más sujetos compiten entre sí por ocupar la posición de autoridad política, sin que el coste de la sustitución de un sujeto por otro ponga en peligro bienes esenciales para la supervivencia de los individuos. Lo que el argumento muestra es que la autoridad democrática es mejor forma de gobierno que otras rivales. Este argumento nos ha resultado especialmente productivo, ya que puede llegar a fundamentar un deber de obediencia a la autoridad democrática incluso cuando ésta no es experta y compite con otra autoridad que sí lo es. El argumento muestra, en suma, que la pericia no es condición necesaria para el reemplazo.

La pregunta que nos hacemos aquí ya no es ¿por qué es mejor tener una autoridad que no tener ninguna?, sino ¿qué tienen de valioso ciertos tipos de autoridades? o, si se prefiere, ¿qué hay de valioso en ciertas formas de ejercicio de poder? Aun cuando no seamos unos entusiastas del procedimiento democrático y sólo concedamos que la democracia constituye una práctica que reviste algún valor, la respuesta que hemos dado a la pregunta tiene también carácter moral. Este tipo de razones son susceptibles de prefigurar un área en la que queda también justificado el reemplazo del juicio propio por el de la autoridad democrática.

Hasta aquí mi esfuerzo ha consistido en tratar de mostrar cómo ni el argumento hobbesiano ni el democrático constituyen meros sedimentos que se hallan depositados en los estratos más profundos de nuestra concepción de la autoridad. Antes al contrario, nos proporcionan razones que se hallan sobreentendidas, aunque no siempre seamos conscientes de que operamos con ellas, pero, sobre todo, que tienen la capacidad de resurgir cuando el contexto lo torna oportuno y pueden, eventualmente, medirse con los argumentos que proporciona la concepción de la autoridad como servicio. Son, en suma, razones plenamente operativas.

---

[18] Ahora bien, es posible que el argumento hobbesiano no precise tanto como lo que parece, de manera que pueda ser asumido sin traicionar los presupuestos metodológicos razianos. El argumento puede funcionar también respecto de todo agente capaz de ejercer el del monopolio de la fuerza física, sin que tenga por qué acompañarle una pretensión de legitimidad y, por lo tanto, sin que sea necesario predicar de él una autoridad *de facto.* En todo caso, cuanto menos de cara a la estabilización de las relaciones de poder, la incorporación de la pretensión de legitimidad se plantea como un requisito irrenunciable.

4. COMPLETANDO EL PUZZLE: UNA CONCEPCIÓN INTEGRADORA DE LA AUTORIDAD

Si mi análisis precedente no es errado, la opción de considerar el argumento hobbesiano y el democrático como muestras de conceptos ascendientes de autoridad, superados por nuestro concepto actual, está destinada al fracaso. La pregunta oportuna ahora parece ser cómo encajar todos estos argumentos en una concepción integradora de la autoridad. Trataré de explicar cómo se organizan todos estos elementos recurriendo a una imagen procedente de una disciplina totalmente diferente: se trata de la imagen de la estructura del cerebro humano generada por las neurociencias. De acuerdo con los neurocientíficos, el cerebro sería una cierta clase de sitio arqueológico, con la capa más externa compuesta de la estructura cerebral más reciente. Las capas más hondas del cerebro contienen estructuras de nuestros primeros antepasados evolutivos, que son los reptiles y los mamíferos. Es así que el cerebro humano ha evolucionado de tal manera que ha formado tres capas cerebrales producto de diferentes etapas evolutivas, pero *conservando las funciones de cada capa cerebral.*

De manera semejante, nuestra concepción actual de la de autoridad es el resultado de una sucesión histórica de necesidades, experiencias y reflexiones que va generando una serie de construcciones teóricas que se superponen, sin que por ello lleguen necesariamente a anularse o excluirse. Muchas de estas construcciones conservan su funcionalidad y proporcionan genuinas razones operativas, aunque en algunos contextos argumentativos operen entimemáticamente: si damos por justificado el reemplazo del juicio propio por el de una autoridad experta es porque, para empezar, presuponemos una relación de autoridad en un contexto ordinario, en el que no hay bienes elementales para la supervivencia en juego. Y porque presuponemos también, en segundo término, que no está en peligro la continuidad de una práctica que, como la democrática, nos parece valiosa. Cuando ambos presupuestos son cuestionados es cuando se tornan operativos los argumentos en los que se sustentan y son capaces de generar razones para el reemplazo del juicio propio por el de la autoridad. Es en tal caso cuando la concepción de la autoridad como servicio resulta —de acuerdo con lo que hemos visto— insatisfactoria.

Precisando algo más la imagen de una concepción integradora de la autoridad tendríamos que, en primer término, en los estratos más profundos de dicha concepción, estaría ubicada una fundamentación de la autoridad de tipo hobbesiano, basada en las ventajas de contar con autoridadades que permitan resolver conflictos entre individuos. Un segundo estrato lo ocuparía una fundamentación de la autoridad basada en las ventajas de la forma de gobierno —como sucede con las autoridades democráticas—. Aquí los argumentos se tornan algo más sofisticados, pues se presume una situación competitiva, en la que dos o más sujetos pugnan entre sí por ocupar la posición de autoridad política, sin poner en peligro bienes esenciales para la supervivencia. La pregunta a la que se trata de contestar ahora ya no es ¿por qué es mejor tener una autoridad que no tener ninguna?, sino, como ya he indicado anteriormente, ¿qué tienen de valioso ciertos tipos de autoridades? o, si se prefiere, ¿qué hay de valioso en ciertas formas de ejercicio de poder? Finalmente, el estrato más reciente lo ocuparían aquellos argumentos que ponen su énfasis en el valor de lo ordenado por la

autoridad. Aquí lo que cuenta es el propio contenido de lo ordenado y, más concretamente, la maximización de la correspondencia de lo ordenado con aquello que, de acuerdo con las razones subyacentes que le son aplicables al sujeto, a éste le es obligado hacer.

En suma, nuestra compresión de lo que es una autoridad legítima no descansa sólo —como RAZ pretende— en su capacidad para maximizar la conformidad a las razones subyacentes que nos son aplicables. En ciertos contextos también entendemos por autoridades legítimas aquellas que sencillamente resultan institucionalmente necesarias para la supervivencia de los individuos o a aquellas otras que, sin llegar a estos extremos, permiten la continuidad de prácticas sociales valiosas como la democrática.

Como no podría ser de otra forma, estos tres estratos tienen su trasunto en la *pretensión de legitimidad* que caracteriza a quien recaba para sí autoridad política. Si nos detenemos por un instante en esta cuestión, veremos que también aquí es posible desglosar en tres componentes dicha pretensión: en un nivel más elemental, quien pretende autoridad mantiene que *su existencia está institucionalmente justificada,* en el sentido de que para los a ella sometidos es más ventajoso tener una autoridad que les gobierne que una situación de vacío de poder. Los argumentos hobbesianos que aquí hemos explorado tratan precisamente de satisfacer esta demanda. Pero, además, quien pretende autoridad también mantiene que ostenta un *derecho exclusivo a mandar,* ya que existen razones para que sólo ella emita mandatos, dentro del ámbito de competencia que reclama para sí, sin que esta función le pueda ser disputada por ninguna otra autoridad potencial. Los argumentos basados en las ventajas de la forma democrática de gobierno serían los candidatos idóneos a colmar esta pretensión. Y, finalmente, la pretensión de autoridad iría indisociablemente unida a una *pretensión de corrección* o, lo que es lo mismo, de que aquello que la autoridad ordena como debido maximiza la conformidad con las razones subyacentes que el agente tiene. Es aquí donde tendrían su encaje argumentos como los de la autoridad experta barajados por RAZ en la concepción de la autoridad como servicio. En suma, disociar el análisis de la pretensión de autoridad en estos tres componentes nos permitiría estrechar el círculo en torno a lo que debe ser una concepción integradora de la autoridad[19].

Para ir concluyendo, lo aquí expuesto trata de mostrar las ventajas de mantener lo que he llamado una concepción integradora de la autoridad. Una concepción integradora que se caracterizaría por dos rasgos: su complejidad y su carácter abierto. Se trata de una *concepción compleja,* pues asume que el carácter histórico y contextual del concepto de autoridad es un dato que en modo alguno puede ser obviado. De modo que más de un argumento racional es candidato a incorporarse a la concepción, sin que la organización por estratos de tales argumentos suponga la superación de los más antiguos por los recientes. Antes al contrario —como vimos que sucedía con los estratos del cerebro humano—, cada estrato anterior conserva su funcionalidad. Es por ello que la concepción integradora de la autoridad no mantiene una pretensión de superioridad frente a otras concepciones rivales, sino que, por el contrario, trata

[19] *Cfr.* RÓDENAS, A., 1996: pp. 76 a 77.

de componer con todas aquellas que nos resultan inteligibles un mosaico ordenado y coherente. Lo cual nos lleva, por último, al otro rasgo que he predicado de la concepción integradora de la autoridad: su *carácter abierto.* Se trata de una concepción abierta, puesto que renuncia, por vana, a toda pretensión de completitud. La concepción no puede nunca terminar de expresar el conjunto de condiciones necesarias y suficientes para el reemplazo, pues, a medida que surgen nuevas necesidades y experiencias, se van estratificando nuevos argumentos que se van incorporando a la concepción, enriqueciéndola constantemente.

NOTAS SOBRE LA EFICACIA SOCIAL DE DISTINTOS TIPOS DE NORMAS CIVILES* **

Jesús Delgado Echeverría

Universidad de Zaragoza

RESUMEN. El criterio de eficacia social de las normas como cumplimiento o, en otro caso, aplicación, que habitualmente se ofrece desde la teoría general del Derecho, es muy limitado y deja fuera del análisis a todas las normas distintas de las de mandato (obligación o prohibición). Con ello resulta inaplicable a la mayor parte de las normas de Derecho privado, pues en éste son minoría las normas de mandato "imperativas". Predominan, con mucho, las permisivas y las que atribuyen poderes y determinan las condiciones de su ejercicio y las "dispositivas", relacionadas con las anteriores. Son necesarios otros criterios (distintos del de cumplimiento/aplicación) para apreciar la eficacia social de estos tipos de normas civiles. En este trabajo se exploran criterios de eficacia y efectividad social de los diversos tipos de normas de Derecho privado, trayendo a contribución puntos de vista de la teoría general del Derecho, de la sociología jurídica y de la "ciencia de la legislación".

Palabras clave: eficacia, normas imperativas, normas permisivas, normas que confieren poderes, normas dispositivas.

ABSTRACT. To consider obedience or application of rules as a criterion for their social effectiveness as it is usually done by General Legal Theory is a too narrow criterion. In fact, it does not include into the analysis but mandatory norms (i.e. obligation or prohibition norms). In this respect, the criterion is unable to explain most of private Law norms, where most of the norms are not of the mentioned kind, but rather permissive and power-conferring rules, dispositive rules and those related to them. Other criteria are required (different to obedience and application) so to determine the social effectiveness of these civil norms. In this article different criteria of social effectiveness and social efficiency of the different sorts of private Law norms are explored. For that purpose contributions from different perspectives such as General Legal Theory, Legal Sociology and Legislative Science are brought into consideration.

Keywords: effectiveness, imperative norms, permisive norms, power-conferring rules, dispositive norms.

---

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación SEJ2005-05790, «Validez de los actos jurídicos de Derecho privado», financiado al 50% por el Ministerio de Ciencia y Tecnología y los fondos FEDER y del que soy investigador principal.

** El texto de este artículo fue discutido en febrero de 2007 sucesivamente en el Seminario del Grupo de Investigación "Nulidad", de la Universidad de Zaragoza, que yo dirijo, y en el Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, que dirige Manuel ATIENZA. Muchas gracias a todos los que intervinieron en estas sesiones, especialmente a los hospitalarios colegas de Alicante, por la crítica a que sometieron mis ideas.

1. DEFINICIONES DE EFICACIA Y DE EFECTIVIDAD DE LAS NORMAS

Es usual en la teoría del Derecho la definición de la eficacia social de las normas por referencia al cumplimiento de las mismas o, caso de incumplimiento, su aplicación por el juez[1]. Cumplimiento y aplicación resultan así las claves para la definición de eficacia.

Es también habitual la distinción entre este concepto de eficacia y el de eficacia o efectividad social como «capacidad para obtener, por medio de normas jurídicas, estados de cosas socialmente valiosos»[2].

La consecución de determinados estados de cosas es el fin que el legislador se ha propuesto[3]. Al diseñar la ley, sólo después de determinados los fines procede considerar qué normas serían aquellas que, caso de ser cumplidas, producirían el estado de cosas socialmente valioso deseado (acorde con los fines), y qué otros efectos, deseables o no, es previsible que de tales normas deriven; después —en realidad, simultáneamente, o en procesos iterativos—, si tales normas pueden ser cumplidas y si es previsible que lo sean, qué obstáculos encontrarán para ello, qué otras medidas legales o de otro tipo son necesarias o útiles para lograr el cumplimiento, cómo incentivar el cumplimiento; se plantean también cuestiones sobre la aplicabilidad de las normas en caso de incumplimiento, necesidad de normas procesales u orgánicas de los tribunales, ejecutabilidad de las sentencias.

En la teoría del derecho, el análisis del concepto de eficacia parte del concepto de cumplimiento. Se entiende que a través del cumplimiento de la norma se consiguen los resultados y consecuencias considerados valiosos para la sociedad; o bien, en caso de incumplimiento, la aplicación de la norma por los jueces trata de conseguir resultados equivalentes[4].

---

[1] Esta noción se remonta al menos a KELSEN (KELSEN, H., 1960: *Reine Rechtslehre,* 2.ª y definitiva edición, revisada y ampliada, Viena; trad. del original en alemán por VERNENGO, R. J., 1979: *Teoría pura del Derecho,* México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 24).

[2] NAVARRO, P. E., 1990: *La eficacia del derecho. Una investigación sobre la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 19. La terminología no está totalmente fijada: por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS utiliza de manera inversa efectividad y eficacia, siguiendo quizás pautas de la penalística alemana: cumplimiento y aplicación «se ocupan de la efectividad de la norma, esto es, de su puesta en práctica o vigencia», mientras que la eficacia se refiere a la obtención (mediante el cumplimiento o la aplicación) de los objetivos de tutela perseguidos (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría,* Madrid: Trotta, p. 95).

[3] Desde el punto de vista de la política legislativa, ATIENZA considera la efectividad social de las normas («¿alcanza la ley los fines sociales perseguidos?») como el valor de referencia en el nivel de la racionalidad teleológica (R4); mientras que el valor de referencia en el nivel de la racionalidad pragmática (R3) es la eficacia: «que las normas sean obedecidas o, dicho quizás en forma más general, que las leyes no sean sólo enunciados lingüísticos, sino "Derecho en acción"» (ATIENZA, M., 1997: *Contribución a una teoría de la legislación,* Madrid: Cuadernos Civitas).

[4] La equivalencia de los resultados es, sin embargo, muy relativa. No es lo mismo una situación en que los ciudadanos se abstienen de cometer delito que otra en que las cárceles están superpobladas porque los jueces, aplicando correctamente las leyes, condenan a los que cometen delitos. La valoración social de estos resultados es muchas veces ambigua: ¿es un éxito que aumente el número de condenas por violencia doméstica, tráfico de estupefacientes, delitos ecológicos...? *Cfr.* OST, F., y VAN DE KERCHOVE, M., 2002: *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit,* Bruxelles: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, p. 330.

2. EFICACIA COMO CUMPLIMIENTO

Ahora bien, el concepto de cumplimiento de normas es todo menos claro o sencillo. Aquí, y por su estrecha relación con el Derecho civil, me interesan estos dos aspectos:

a) Cumplimiento parece que sólo puede predicarse respecto de normas regulativas de mandato[5], es decir, de las que ordenan o prohíben (con los operadores deónticos de obligación o prohibición). No cabría cumplimiento de normas permisivas; tampoco respecto de las que atribuyen poderes (normas de competencia); menos aún respecto de normas puramente constitutivas o de enunciados conceptuales, como las definiciones. Tampoco parece que "cumplimiento" sea un concepto adecuado para entender la eficacia de las normas dispositivas o supletorias, que constituyen, junto con las otras categorías distintas de las regulativas de mandato, la inmensa mayor parte de las normas contenidas en los códigos civiles. En consecuencia, el análisis de la eficacia de las normas debe ser completado y enriquecido ampliamente para que sea verdaderamente útil en el campo del Derecho civil[6]. En realidad, mantener el concepto de eficacia estrictamente relacionado con el de cumplimiento parece reflejar la concepción elemental de los sistemas jurídicos como conjunto de mandatos respaldados por amenazas y resulta adecuado únicamente, si acaso, para el análisis de las normas penales (los delitos como incumplimiento).

b) Cumplimiento no es la mera correspondencia de la acción de los sujetos con el contenido prescriptivo de la norma, sino que requiere no sólo el conocimiento de la misma, sino que ésta haya servido de motivación para la acción.

Las cuestiones suscitadas en *a)* y *b)* están interrelacionadas, y así se plantean explícitamente en la literatura especializada. P. NAVARRO[7] distingue entre "correspondencia", "acatamiento" y "cumplimiento" del siguiente modo: «Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción *p* y los sujetos normativos producen *p*» (correspondencia); «Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción *p,* los sujetos normativos *conocen la existencia de (N)* y producen *p*» (acatamiento); «Una norma (N) prescribe el estado de cosas o la acción *p,* los sujetos normativos *conocen la existencia de (N)* y producen *p en virtud de (N)*» (cumplimiento).

Pues bien, en su opinión, «explicar el concepto de eficacia solamente en términos de correspondencia no pone de manifiesto que el predicado "eficacia" es utilizado

---

[5] Sigo la terminología de ATIENZA y RUIZ MANERO en la clasificación de los enunciados jurídicos (ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2004: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* 2.ª ed. actualizada, Barcelona: Ariel, *vid.* en particular cuadros de pp. 201 y ss.).

[6] Algunas limitaciones de la noción que identifica eficacia con incumplimiento y aplicación son puestas de manifiesto por DI LUCIA, «Agire *secondo* una norma, agire *per* una norma, agire *in funzione di* una norma», en COMANDUCCI, P., e GUASTINI, R. (coords.), 1996: *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici,* Torino: Giappichelli ed., pp. 37-45.

Autores más alejados de la filosofía analítica, al advertir la existencia de tipos de normas respecto de las cuales no cabe hablar propiamente de cumplimiento, proponen superar el concepto de eficacia como capacidad de la regla para orientar el comportamiento de sus destinatarios en el sentido deseado por el legislador y sustituirlo por uno más amplio según el cual la regla es eficaz si es utilizada por sus destinatarios como modelo para orientar su actividad práctica (OST y KERCHOVE, 2002: pp. 229-230, con cita de P. AMSELEK y otros autores).

[7] NAVARRO, 1990: p. 16.

naturalmente en el caso de aquellos enunciados destinados a promover conductas, es decir, prescripciones». «El concepto de eficacia tiene que explicarse de manera tal de vincularlo específicamente con el concepto y función de las prescripciones», precisamente porque «la función de las prescripciones es promover o evitar ciertas conductas. Por consiguiente, es un error desvincular el concepto de eficacia de los sistemas normativos de la función motivadora que caracteriza a estos sistemas». En definitiva, «un concepto de eficacia útil para la teoría jurídica es dependiente del concepto de prescripción. La simple relación de correspondencia no puede constituir, sin distorsión del concepto de prescripción, el concepto de asignación de eficacia (aun cuando pudiese ser de ineficacia)»[8].

Ésta es una importante limitación de la concepción de la eficacia como cumplimiento, pues sólo tiene sentido respecto de las normas regulativas de mandato (que obligan a hacer algo o prohíben hacer algo). Quedan fuera las normas regulativas de permisión, así como las que confieren poderes, las constitutivas y los enunciados legales puramente conceptuales, como las definiciones. NAVARRO lo afirma expresamente para las primeras mencionadas:

> «Incidentalmente, esto arroja luz sobre un punto importante: no tiene sentido predicar eficacia en el caso de las normas permisivas. La característica distintiva de la eficacia no es la existencia de una correspondencia sino el carácter deóntico de la norma en cuestión. Esto se demuestra claramente al considerar dos normas, una que permite el contenido proposicional *p* y otra que obliga a producir *p*. Supongamos que los sujetos normativos hacen *-p*. Sólo en el segundo caso es natural predicar ineficacia, aun cuando sea verdadero también del primer caso que no existe relación de correspondencia entre las acciones de los sujetos y los contenidos normativos. Esto no significa que las normas permisivas sean irrelevantes, ya que éstas son una importante herramienta de análisis de la dinámica de los sistemas jurídicos»[9].

Comenzaré con una observación sobre la última frase, según la cual las normas permisivas son «una importante herramienta de análisis» y, al parecer, ninguna otra cosa. Como si las normas permisivas —en el sentido amplio en que parece utilizado el término: las regulativas que no son de mandato— carecieran de toda función sustantiva, de toda relevancia social distinta de la de ser «herramientas de análisis».

3. "CUMPLIMIENTO" DE NORMAS DISTINTAS DE LAS DE MANDATO

El caso es que parte importante de las normas de Derecho civil son de permiso, aunque frecuentemente actúan acompañadas de otras de mandato dirigidas a los terceros o a la autoridad (así pueden analizarle las normas que atribuyen derechos subjetivos).

Cabe intentar una apreciación de la eficacia de las normas permisivas desde este punto de vista, sin renunciar a la implicación entre eficacia y cumplimiento. Si la permisión va acompañada del deber de otros sujetos de no impedir la acción permitida,

---

[8] NAVARRO, 1990: pp. 55-57.
[9] NAVARRO, 1990: p. 56.

y en la mayor parte de los casos los terceros no infringen este deber de abstención (o, cuando lo infringen, los tribunales remueven el obstáculo y sancionan al infractor), la norma de permiso sería eficaz.

Las normas que atribuyen poderes (contraer matrimonio, contratar, testar...) van acompañadas en el Derecho privado, de ordinario, por normas de permiso (el ejercicio de los poderes de Derecho privado es, de ordinario, discrecional). Cabría apreciar su eficacia atendiendo al cumplimiento de los correlativos deberes de los terceros (prohibición de interferir).

Para las normas constitutivas —o algunas de ellas— podríamos decir de forma análoga que son eficaces si los demás no discuten el estado o situación constituido por la norma o si, en el caso de que lo discutan o impidan sus consecuencias, los tribunales declaran la situación producida e imponen sus consecuencias. Por ejemplo, la norma que atribuye la mayoría de edad por el cumplimiento de los dieciocho años podría analizarse de este modo desde el punto de vista de la eficacia: es eficaz si en la mayor parte de los casos los mayores de dieciocho años son tratados como mayores de edad.

Generalizando, podríamos decir que una norma de permiso, una norma de competencia o una norma constitutiva es ineficaz si los demás sujetos impiden la acción permitida o las consecuencias de la situación adquirida y los tribunales no sancionan esta conducta.

Un concepto de eficacia —y de ineficacia— como el anterior, que sigue basado en el criterio del cumplimiento (o, si no, aplicación) tiene alguna utilidad. Ciertamente, no es indiferente desde el punto de vista de la consecución del estado de cosas deseado por el legislador que se impida actuar a los sujetos en los supuestos en que el legislador permite la acción sin que los tribunales garanticen la posibilidad de la acción permitida. Pero ¿podemos decir que todas las normas que, según este criterio, no son ineficaces, están dotadas de eficacia social?

4. ¿ES SOCIALMENTE IRRELEVANTE LA "MERA COINCIDENCIA"?

Como hemos visto, para NAVARRO la mera correspondencia entre la conducta de los destinatarios de la norma y el contenido de ésta (coincidencia), prescindiendo de los motivos de la conducta y aun del conocimiento que los sujetos puedan tener de la norma, es irrelevante para apreciar la eficacia de las normas. También Liborio HIERRO sostiene que «una investigación de la eficacia-correspondencia arrojaría resultados sin ninguna capacidad explicativa sobre la función de la(s) norma(s) investigada(s) y sin ninguna utilidad político-jurídica» [10].

HIERRO propone como ejemplo histórico la promulgación del Fuero Juzgo por Fernando III, quien, según dice, «lo que en realidad estaba haciendo era legislar Derecho consuetudinario, lo que, con toda probabilidad, le dotaba de un alto grado de correspondencia en cuanto que la conducta de todos los que, por costumbre, estu-

[10] HIERRO, L., 2003: *La eficacia de las normas jurídicas,* Barcelona, Ariel, p. 77. Asimismo LAPORTA, F. J., «Poder y Derecho», *El derecho y la justicia,* Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Madrid, Trotta, 2.ª ed., p. 451.

vieran cumpliendo las prescripciones del Liber se convertía automáticamente, aun sin ellos saberlo, en una conducta correspondiente al Fuero Juzgo». Para lo que sigue, doy por buenas estas apreciaciones.

El ejemplo no puede menos de llamar la atención de un civilista. En realidad, la mayor parte del Derecho civil codificado recoge Derecho anterior, ya seguido y practicado por los destinatarios de la norma antes de que fuera promulgada —o nuevamente promulgada— como ley. Así ocurre, señaladamente, con el Código civil español, según preveía la Ley de Bases [11].

Promulgar como ley lo que ya es observado y practicado en la sociedad es conducta muchas veces repetida por los legisladores, que afianzan de este modo la legitimación de su poder. Fue fenómeno corriente en la Edad Media (los reyes querían aumentar su poder como legisladores, frente a la resistencia de unos súbditos que oponían la validez de sus usos y costumbres, inmunes al poder real), pero también hoy podemos observarlo en su manifestación más pura cuando legisladores estatales aprueban sistemas de Derecho indígena o, más cerca de nosotros, al producirse la transmutación en ley autonómica del Derecho consuetudinario guipuzcoano [12] o de las reglas consuetudinarias de los arrendamientos rústicos valencianos [13].

Tales operaciones legislativas tienen indudable eficacia en la configuración de las relaciones sociales. Además de contribuir a legitimar el poder, tales actos de legislación cumplen sin duda otras funciones. Siguiendo los esquemas propuestos por Vincenzo FERRARI [14], la nueva legislación, aun coincidente con lo ya de antemano observado, *facilita el tratamiento de los conflictos declarados,* al menos por cuanto ahora las normas aplicables no requieren averiguación y prueba, pues ya están recogidas en una ley que los jueces tienen la obligación de conocer y aplicar. Más aún, quizás hasta el momento de la promulgación de la ley los Tribunales no estaban obligados a aplicar las normas consuetudinarias, o tenían prohibido hacerlo; y, en adelante, quizás aplicarán tan sólo, o preferentemente, las normas legisladas, y no posibles normas consuetudinarias anteriores no recogidas en la ley o formadas con posterioridad. De este modo la ley orienta la conducta de los jueces, pues supone verdadera innovación en el "sistema del juez". Todo lo cual contribuirá también a *orientar las conductas* de los súbditos, que pueden conocer con mayor facilidad las normas aplicables, prever su

---

[11] Ley de Bases de 11 de mayo de 1888 por la que se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases establecidas en la misma. Base 1.ª: «El Código tomará por base el proyecto de 1851, en cuanto se halla contenido en éste el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del derecho histórico patrio, debiendo formularse por tanto este primer cuerpo legal de nuestra codificación civil sin otro alcance y propósito que el de *regularizar, aclarar y armonizar* los preceptos de nuestras leyes, recoger las enseñanzas de la doctrina en la solución de las dudas suscitadas por la práctica, y atender a algunas necesidades nuevas con soluciones que tengan un fundamento científico, o un precedente autorizado en legislaciones propias o extrañas, y obtenido ya común asentimiento entre nuestros jurisconsultos, o que resulten bastante justificadas, en vista de las exposiciones de principios o de método hechas en la discusión de ambos Cuerpos Colegisladores». Los términos en cursiva corresponden literalmente a los utilizados casi un siglo después por la Constitución de 1978 para indicar el alcance posible de los textos refundidos (art. 82.5).

[12] Ley (País Vasco) 3/1999, de 26 de noviembre, «de modificación de la Ley del Derecho civil del País Vasco, en lo relativo al Fuero Civil de Guipúzcoa».

[13] Ley (Comunidad Valenciana) de 15 de diciembre de 1986, sobre arrendamientos históricos valencianos.

[14] FERRARI, V., 2000: *Acción jurídica y sistema normativo. Introducción a la sociología del Derecho,* trad. cast., Madrid: Dykinson, p. 271; 1989: *Funciones del Derecho,* trad. cast., Madrid, Debate, caps. IV y ss.

aplicación por los jueces y saber que el aparato coactivo del poder político impondrá la ejecución de sus sentencias.

Todos estos fenómenos, de importancia nada desdeñable, son efectos de la ley ("eficacia social de las normas"), aun en la hipótesis de que el contenido de las normas coincida exactamente con la conducta ya observada por sus destinatarios y aun en el caso de que esta conducta tampoco cambie en el futuro.

5. "INVOCAR LA LEY": ENTRE EL CUMPLIMIENTO Y LA APLICACIÓN

«Cumplimiento e invocación del Derecho» se titula uno de los capítulos de la *Introducción a la Sociología del Derecho* de Roger COTTERRELL [15]. "Invocar el Derecho" es tomar la iniciativa el ciudadano para hacer uso de los remedios jurídicos que el Ordenamiento pone a su disposición. Entre el cumplimiento (voluntario) y la aplicación de la norma civil por los jueces se interpone la iniciativa del particular que invoca y pide que se aplique para dar satisfacción a sus intereses.

La invocación del Derecho tiene un papel importante en todas las ramas del mismo (las denuncias de los particulares pueden ser decisivas para la aplicación de las normas penales o administrativas), pero es en el Derecho privado donde tienen un lugar central. En palabras del mismo COTTERREL, «en el terreno del Derecho civil (...) contractual y de responsabilidad civil por faltas, el Estado solamente pone los medios de ejecución, dejando al ciudadano la iniciativa de la acción para hacer uso de esos medios» [16].

En efecto, en el Derecho privado no hay agentes públicos que velen para impedir los incumplimientos de las normas o procedan a sancionar de oficio cuando éstos se producen. Es el particular interesado quien, si quiere, invocará el Derecho (ejercitará su derecho) exigiendo cumplimiento a otro particular y, si es desatendida por éste su reclamación, poniendo en marcha un proceso en que se apliquen las normas hasta la ejecución coactiva si es necesaria, y siempre a impulso del particular.

En el Derecho privado, todas las normas son disponibles [17], en el sentido de que los favorecidos por ellas pueden, ciertamente, invocarlas; pero pueden también, facultativamente, con plena libertad, no invocarlas, con lo que no habrá ocasión de que los Tribunales (ni autoridad alguna) las apliquen. No es sólo que los particulares puedan, de ordinario, renunciar a sus derechos, sino que incluso en los supuestos en que la renuncia no les está permitida (por ser contraria al interés o el orden público, o en perjuicio de tercero: art. 6.2 CC) pueden lícitamente no hacer nada, no invocar la norma, con lo que ninguna autoridad del Estado podrá aplicarla.

Debe distinguirse, por tanto, desde el punto de vista de la eficacia de las normas civiles, los casos en que, invocada la norma incumplida, los Tribunales no la han apli-

---

[15] COTTERRELL, R., 1991: *Introducción a la Sociología del Derecho,* trad. cast., Barcelona: Ariel, pp. 209 y ss.

[16] COTTERRELL, 1991: p. 211.

[17] RUSSO, E., 2000: *L'interpretazioni delle leggi civili,* Torino: Giappichelli ed., pp. 174 y ss.; 2001: «Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva», *Rivista di Diritto civile,* XLVII, sept.-oct., pp. 573 y ss.

cado y aquellos otros (que pueden ser mucho más numerosos) en que el particular no tomó ninguna iniciativa. Puede decirse que no hay incumplimiento, en el Derecho privado, mientras el particular no exija el cumplimiento; aun entonces, no hay posibilidad de aplicación de la norma por los Tribunales mientras no se invoque el Derecho ante ellos.

Por tanto, pueden darse las tres situaciones siguientes:

a) La norma es "incumplida" (no se paga lo debido según contrato, no se indemniza el daño causado...) sin que el perjudicado exija cumplimiento.

b) Exigido extrajudicialmente el cumplimiento, éste no se produce y el interesado no acude a los Tribunales.

c) Exigido el cumplimiento ante los Tribunales, éste no se consigue.

Los casos *a)* y *b)* no pueden considerarse sin más casos de incumplimiento. Un número alto de ellos puede considerarse normal en todo sistema jurídico. Un número muy bajo de casos del tipo *b)*, es decir, una situación en que toda falta de cumplimiento espontáneo lleve a "invocar el Derecho" ante los Tribunales parece poco deseable. Los particulares pueden encontrar menos costoso (en tiempo, preocupación y dinero) evitar la oficialización del conflicto, quizás mediante arreglos y transacciones, pero quizás también mediante el simple no hacer nada. En el Derecho privado, el cumplimiento y la aplicación de las normas no son valores absolutos. Prima la libertad de los sujetos, que invocan el Derecho sólo si quieren.

6. NORMAS DE PERMISO Y DE COMPETENCIA. EFICACIA COMO ÉXITO

Se habrá observado que, de acuerdo con el concepto de eficacia como cumplimiento, aplicado a las normas de permiso (*supra,* 3), éstas serían eficaces aunque ningún sujeto realizara nunca la acción permitida (y las normas constitutivas podrían ser eficaces aunque no se diera nunca el hecho previsto). Para NAVARRO, en el párrafo transcrito, si una norma permite el contenido proposicional *p* y los sujetos no hacen *p,* no es «natural predicar ineficacia», «aun cuando sea verdadero también (...) que no existe relación de correspondencia entre las acciones de los sujetos y los contenidos normativos». Ciertamente, para este autor, como hemos visto, «no tiene sentido predicar eficacia en el caso de las normas permisivas».

Pero más adelante NAVARRO hace la siguiente observación: la institución de la enfiteusis en el Derecho argentino sería uno de los casos «a los que los juristas podrían calificar de ineficaces y simultáneamente afirmar su existencia» [18]. La enfiteusis, en efecto, parece ser una de las instituciones que primero viene a las mientes de un jurista como ejemplo de institución ineficaz (por cierto, NAVARRO no da ninguna explicación de qué deba entenderse por institución ineficaz: podemos entender que cuando son ineficaces las normas, en principio permisivas, que la regulan). Pero es el caso de que, aunque nadie, durante mucho tiempo, constituyera una enfiteusis (e incluso se hubieran extinguido todos los derechos reales de enfiteusis que por tiempo fueron), las

[18] NAVARRO, 1990: p. 75.

normas reguladoras de la enfiteusis no serían ineficaces con arreglo al anterior criterio: nadie las ha incumplido ni han dejado de ser aplicadas por los jueces cuando el caso se ha presentado. Sin embargo, parece muy razonable cuestionar la eficacia de normas tales, como de hecho se hace a menudo sin mayores explicaciones. Parece que respecto de las normas distintas de las de mandato la realización de conductas correspondientes con ellas —o la producción de los supuestos de las normas constitutivas— es un elemento necesario del concepto de eficacia, aunque tales conductas no sean, por hipótesis, cumplimiento (si bien fácilmente puedan significar acatamiento, es decir, incluyen el conocimiento de la norma).

Para este segundo concepto de eficacia de las normas distintas de las de mandato parece que hay que partir de la eficacia social pretendida por el legislador: de la finalidad con que ha dictado la norma y la previsión que ha hecho sobre su utilización por los sujetos jurídicos y las consecuencias de esta utilización. Dicho de otro modo, hay que situarse en el nivel de racionalidad R4 (racionalidad teleológica), sin pasar por R3 (racionalidad pragmática).

Éste es el punto de vista de Liborio HIERRO [19] en su importante monografía dedicada a la eficacia de las normas jurídicas. Junto a la eficacia como cumplimiento (con sus variantes, según el motivo que mueve al sujeto) y como aplicación, la eficacia como "éxito" [20]. Para la medición del éxito hay que «seleccionar una definición adecuada de los propósitos del legislador y reconstruir el estado de cosas previo a la edición de la norma y el alcanzado mediante el cumplimiento o la aplicación de la norma» [21]. Ahora bien, por lo que se refiere a la eficacia de las normas permisivas (y entendidos los permisos como "permisos completos", que facultan al destinatario para realizar o no realizar la acción), no cabe hablar de correspondencia, ni de cumplimiento, ni de aplicación. «Sin embargo, los permisos pueden ser eficaces o ineficaces en el preciso sentido de que pueden tener o no tener éxito. Los permisos se dan para algo» [22]. El

---

[19] HIERRO, 2003.

[20] Sobre la terminología, HIERRO, 2003: p. 160 (nota 17); en p. 74, un esquema con los diferentes sentidos de eficacia de las normas jurídicas. Esta concepción de la eficacia como éxito podemos considerarla propia de la sociología jurídica. El punto de vista estricto de la eficacia como cumplimiento (o, caso de incumplimiento, aplicación) es más propio de la teoría del Derecho, centrada, en lo que aquí concierne, en el problema de la necesidad de algún tipo de eficacia de las normas como requisito para la existencia de las mismas o, como más generalmente se piensa, de los ordenamientos jurídicos. Como advierte HIERRO al poner de manifiesto la ventaja de las investigaciones sociológicas sobre el éxito de las normas, «no hay ninguna demanda teórica que haga depender la existencia o validez de las normas o la existencia de un sistema jurídico de que el legislador consiga alcanzar mejor o peor sus propósitos» (p. 168).

[21] HIERRO, 2003: p. 168. Además, han de tenerse en cuenta, para descontarlos de la eficacia, los efectos colaterales no deseados, en particular los efectos perversos.

[22] HIERRO, 2003: p. 174. Los enunciados normativos de permisión ("permisos fuertes" en el sentido de ALCHOURRON y BULYGIN, para distinguirlos de la mera ausencia en el sistema de normas de mandato sobre aquella conducta) contribuyen a guiar la conducta de los destinatarios de las normas. Como explican ATIENZA y RUIZ MANERO (2004: p. 130), «el hecho de saber con certeza que un determinado comportamiento es facultativo —esto es, que está libre de restricciones normativas— hará sin duda que muchos empiecen a hacer (...) lo que en otro caso no harían». Ejemplos para civilistas: arts. 1.323 y 1.326 CC (sin ellos, en ausencia de prohibición, los cónyuges podrían hacer lo que ellos indican, pero acaso no habría seguridad). Más claro aún: art. 1.458 CC, sobre el que se dice en la Memoria del Borrador de Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa (*Boletín de Información del Ministerio de Justicia,* 1 de mayo de 2005, n.º 1.988, p. 2079) que «ha sido suprimido, porque en el momento actual resulta innecesario advertir que el marido y la mujer pueden venderse bienes recíprocamente».

grado de utilización de los permisos serviría de indicador del éxito de la norma y, en este sentido, de su eficacia.

HIERRO pone dos ejemplos. El primero se refiere a la introducción del divorcio por la Ley de 7 de julio de 1981 y su éxito vendría indicado por el «índice de conflictividad matrimonial». El segundo, a la posibilidad de celebrar contratos de trabajo a tiempo parcial de acuerdo con el RD-Ley 15/1998, de 27 de noviembre. Ocurrió que el porcentaje de contratos a tiempo parcial bajó del 20,3 en 1998 al 18,7 en 1999. En consecuencia, según HIERRO, «cabe afirmar que la ley no tuvo éxito, al menos en ese primer año».

De estos ejemplos me interesan aquí dos observaciones:

a) Los ejemplos (divorcio, contrato de trabajo) no se refieren a meros permisos, sino a normas que atribuyen poderes. No me parece incorrecto. Por el contrario, creo que las normas de competencia (especialmente las de Derecho privado) pueden analizarse junto con las permisivas por lo que se refiere a su eficacia.

b) Los ejemplos sugieren que la actitud del legislador respecto de las normas de permisión no es siempre la misma. Tampoco parece igual la actitud de la sociedad ante la frecuencia de uso de los permisos.

De las normas permisivas y de competencia en el Derecho privado puede decirse que su función, en general, es ofrecer a los sujetos una posibilidad de alcanzar la satisfacción de sus intereses mediante acciones que no están prohibidas ni son obligatorias. En las normas de competencia, el legislador ofrece un instrumento mediante el cual los sujetos pueden producir resultados institucionales acordes con sus intereses. Motivan y guían la conducta de los sujetos en cuanto que éstos, si, movidos por sus deseos, pretenden alcanzar determinados resultados institucionales, habrán de comportarse como dispone la norma.

La actitud del legislador puede ser de indiferencia ante estos deseos e intereses de los particulares y las acciones (naturales o institucionales) necesarias para satisfacerlos (en efecto, ni las ordena ni las prohíbe), pero siempre tras una valoración positiva en cuanto a que, en abstracto, merecen la protección del derecho. Si nadie realiza nunca las acciones permitidas y, en particular, si nadie ejercita nunca los poderes conferidos, lo menos que puede decirse (admitiendo excepciones, como se verá) es que el legislador se ha equivocado en sus apreciaciones sobre los deseos e intereses de los ciudadanos y que ha hecho un trabajo inútil.

Dentro de esta actitud básica de indiferencia por parte del legislador, conviene todavía distinguir. En una dirección (que llamaré, para entendernos, permiso como tolerancia), parece que en ocasiones el legislador permite, por así decir, como mal menor y como deseando que, en realidad, nadie haga uso de la permisión, o cuanto menos posible. ¿Sería éste el caso del divorcio? Parece que es así en aquellas leyes de otros países que contienen instrumentos explícitos para retrasar la decisión de los cónyuges, imponerles mayor reflexión y ayudarles, si es posible, al mantenimiento de su matrimonio. Quizás era así —aunque la ley no era tampoco muy expresiva al respecto— en la ley española de 1981. Evidentemente, no lo es en la de 2005.

Ejemplos de permisos como tolerancia quizás sean las sustituciones fideicomisarias, o la posibilidad de pagar la legítima en dinero en ciertos casos, o la de conmutación del usufructo vidual.

En la otra dirección (que llamaré permiso incentivado) hay sin duda permisiones que el legislador ve como de ejercicio deseable. Un ejemplo claro es el de la constitución de patrimonio especial para las personas con discapacidad[23], incentivado fiscalmente en la misma ley que establece su posibilidad. Me parece significativo, y que abona la conveniencia de la distinción que estoy explicando, que no pueda decirse lo mismo de la permisión de constituir una sustitución fideicomisaria en perjuicio de la legítima de otros descendientes, de acuerdo con las innovaciones introducidas en los arts. 782 y 808 CC (permisión que, ciertamente, carece de incentivos específicos)[24]. En medio quedarían los "simples" permisos.

En todos los supuestos, la eficacia social de la norma de permisión requiere cierto número de acciones correspondientes a la norma, de manera que a mayor número de acciones correspondientes mayor es la eficacia de la norma. Cuántas acciones se requieran para que podamos decir que la norma es más bien eficaz que ineficaz, no es cosa fácil de decir. Pero recuérdese que tampoco es fácil —quizás imposible— cuantificar el número de actos de cumplimiento (o, en su caso, de aplicación) para poder afirmar la eficacia de una norma de mandato[25]. Lo mismo que respecto de éstas, un parámetro lo da el número de casos posibles, es decir, los incluidos en el ámbito de aplicación (interna) o de validez, si se prefiere, según los criterios materiales, personales, territoriales y temporales. Para las normas de mandato se ha propuesto una definición de "eficacia como mayoría" del siguiente tenor: «Una norma general (N) es eficaz si y sólo si la mayoría de los sujetos en la mayoría de las ocasiones no infringen a (N)» (NAVARRO, 1990: 23). Para las de permisión, es evidente que una proporción de acciones (coincidentes con el permiso) muy inferior al de la mayoría de los casos posibles sería suficiente para afirmar la eficacia, y que la proporción ha de variar de acuerdo con los tipos de permisión que a estos efectos he distinguido: mayor, obviamente, en el permiso incentivado, y menor en el permiso-tolerancia. Pero aun en estos últimos debe darse algún caso, pues de otro modo el legislador ha fallado en su previsión sobre los deseos y motivaciones de los ciudadanos. Lo superfluo es erróneo.

De esta manera podremos valorar la eficacia de normas que, por ejemplo: instauran determinados registros, o permiten la inscripción de ciertos actos en registros preexistentes, y nadie o muy pocos acuden a inscribir; permiten el testamento mancomunado o los pactos sucesorios para la transmisión de determinadas explotaciones agrarias, y muy pocos utilizan estos instrumentos; permiten el nombramiento de tutor por determinados parientes o en determinados casos, o la autotutela, o la tutela por

---

[23] Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial a las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

[24] Un claro ejemplo de permiso incentivado es el permiso laboral a favor del padre trabajador en caso de parto. La Ley que modifica el art. 48.4 ET, llamada de «conciliación de la vida familiar y laboral» (Ley 39/1999, de 5 de noviembre), en su Disp. Ad. 4.ª, manifiesta el propósito de los poderes públicos de «conseguir que se acojan a las nuevas posibilidades» las trabajadoras y los trabajadores. Los incentivos no han modificado sensiblemente las preferencias de los ciudadanos, de modo que el legislador, decidido a lograr la consecución de ciertos fines, tiempo después se plantea hacer obligatorio el "permiso" del padre.

[25] Tras un cuidadoso estudio de la cuestión, en particular de las propuestas de NAVARRO, L., HIERRO concluye (p. 137): «No hay criterio alguno de carácter general que permita una medida común del cumplimiento de las normas jurídicas que pueda resultar significativa» (lo que no significa que hayamos de renunciar a medir la eficacia social de las normas).

parte de personas jurídicas (aquí las variantes de la realidad son muchas y el estudio empírico sin duda muy interesante); permiten la emancipación por concesión (de los padres o del juez) o por matrimonio; permiten la constitución de patrimonios especiales para personas con discapacidad, cuya eficacia, en el sentido dicho, habrá que ver. Los ejemplos pueden multiplicarse, pues toda norma permisiva es susceptible de un análisis en el que se compare el universo de casos posibles y la proporción en que el legislador prevé que la norma será utilizada con el número de los actos realmente realizados.

Después de todo, quizás la diferencia con el criterio de eficacia de las normas de mandato sea que la previsión del legislador es, respecto de éstas, que la acción (cumplir) la realicen todos los que se encuentren en la situación de aplicación de la norma; mientras que en las permisivas la previsión es que la acción correspondiente la realicen quienes quieran (de acuerdo con sus propios motivos o además incentivados por el legislador) [26].

El análisis de eficacia de las normas que conceden permisos o confieren poderes puede llegar mucho más lejos que estas consideraciones puramente indicativas. Lo que me importaba era mostrar que el análisis de eficacia es pertinente y útil también respecto de este tipo de normas, que constituyen la mayor parte de las correspondientes al Derecho civil.

Haré todavía un par de observaciones. La simple atribución de un poder produce ya efectos en la realidad, aunque el poder no se ejercite. Se ha puesto el ejemplo [27] del poder conferido al presidente de gobierno de disolver el parlamento en ciertos supuestos: la sola potencialidad de la disolución incide en el comportamiento de los grupos parlamentarios. Poseer el arma puede ser incluso mejor que tener que utilizarla [28].

De manera más general, la atribución de acciones judiciales (en definitiva, un tipo de poderes jurídicos) puede ser eficaz socialmente aunque nadie las ejercite o prescindiendo del número de casos en que realmente se ejercitan. Puede bastar con que se tengan (y los cauces procesales sean claros, y los resultados del proceso y de la eje-

---

[26] Hay un amplísimo campo jurídico ajeno totalmente a las normas de mandato que parece especialmente apto para el análisis de eficacia. Me refiero, precisamente, a ese campo creciente en intensidad e importancia de las leyes que establecen incentivos para la realización de conductas que no son obligatorias ni prohibidas, y que tienen una explícita finalidad de modificar la realidad social. Para profesores de Derecho, el caso de las normas de reconocimiento de sexenios en razón de investigación podría ser un estupendo campo de análisis sobre eficacia de las normas (incluidas las consideraciones sobre efectos imprevistos o indeseados) y para afinar los conceptos correspondientes. Si ningún profesor hubiera hecho evaluar sus trabajos (y ninguna obligación había), creo que la calificación de fracaso total sería inapelable. Yendo las cosas como van, y suponiendo que se presentan a la evaluación la inmensa mayor parte de los que están en el campo de aplicación de la ley, la eficacia en este sentido es indudable. Estaríamos en el nivel R3 de la clasificación de ATIENZA. Reflexiones mucho más complejas se presentarían en el nivel R4 (¿cómo ha contribuido el sistema a elevar la calidad de la investigación académica en España?).

[27] No puedo recordar dónde lo he leído. Sirva esta nota de reconocimiento a su autor.

[28] Cabe pensar que algunos poderes es mejor que no haya que usarlos, por lo que la eficacia de las normas que los atribuyen no puede medirse en ningún caso por la frecuencia con que se usen. Puede ser el caso de la desheredación (en que las normas tienen también un aspecto simbólico nada desdeñable). Otro ejemplo podría ser la llamada aceptación de la herencia por los acreedores. Pocas veces se habrá ejercitado —supongo, pues en este como en casi todos lo demás ejemplos que voy poniendo no hay estudios empíricos—, pero es de suponer que su sola posibilidad, conocida por el llamado a la herencia, evite en muchos casos que deudores insolventes renuncien a la herencia sin otro fin que perjudicar a sus acreedores.

cución seguros) para que la conducta de los posibles demandados se atenga a las normas, sin necesidad de pleito. El análisis de la eficacia de las normas procesales es un mundo por sí mismo, en el que aquí no hemos de entrar.

7. LAS NORMAS DISPOSITIVAS

7.1. Concepto de norma dispositiva

La caracterización de las normas civiles dispositivas o supletorias *(ius dispositivum)* no es tan segura como sería de desear. Las analizaré como el resultado del juego de dos normas [29]: *a)* una norma N_1, que proporciona el contenido normativo y que puede ser de cualquier clase (de mandato, de permisión, atributiva de poderes, constitutiva, conceptual); *b)* otra norma N_2 que atribuye el poder de desplazar a N_1 excluyendo su aplicación en ciertos casos y bajo ciertas condiciones [30].

---

[29] En los análisis especializados sobre "normas dispositivas" se hace referencia habitualmente al juego de dos normas. Ocurre así en el trabajo de BÜLOW en 1881 (que puede considerarse pionero en la dogmática contemporánea), si bien con la terminología cambiada (y quizás más adecuada). Las normas dispositivas *(dispositives, nachgiebiges, vermittelndes Recht),* a diferencia de las de derecho necesario o cogente (*absolutes, zwingendes Recht,* que señalan las consecuencias ineludibles de un supuesto de hecho), atribuyen a los interesados el poder de regular la relación jurídica dentro de ciertos límites (p. 9). «Normas dispositivas» son para BÜLOW, por tanto, las normas que atribuyen poderes (BÜLOW no utiliza exactamente esta terminología, aunque sí varias veces la palabra *Macht* y sus derivados). A estas normas acompañan de ordinario las subsidiarias o complementarias (p. 71: *«In Gefolge der dispositiven Rechtsnormirung findet sich oft eine subsidiäre, ergänzende Rechtsregelung vor»*) (VON BÜLOW, 1881: «Dispositives Civilprocessrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsornung», *Archiv für die Civilistishe Praxis,* 64, pp. 1-109; ENNECCERUS, 1889: *Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangtermin,* Marbur, pp. 152-160; EHRLICH, E., 1899, *Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bügerlichen Gesetzbuch für das deustche Reich,* Jena, repr. facsimilar, Aalen: Scientia Verlag, 1970; FRÖHLICH, E., 1922: *Von zwingenden und nichtzwingenden Privatrecht,* Aarau, en obras generales traducidas al castellano, VON TUHR, I, 1: pp. 32-35 y, sobre todo, ENNECCERUS, I, 1: pp. 183-187. DE CASTRO no considera muy relevante la distinción entre normas imperativas y dispositivas y está más preocupado por reconocer también a éstas cierto carácter imperativo que por explicar qué sean unas y otras. Acierta al advertir que «no se trata de un tipo de normas [las dispositivas] por su naturaleza, sino que, por el contrario, será la mayor o menor independencia que se dé a la voluntad la que señale el carácter de la regla» (DE CASTRO, F., 1949: *Derecho civil de España, Parte General,* t. I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 2.ª ed., repr. facsimilar de Civitas, Madrid, 1984, pp. 55-56; *cfr.* p. 534). En CASTÁN, por el contrario, puede encontrarse una sencilla exposición que se atiene a las concepciones más extendidas al clasificar las normas «por su eficacia frente a la voluntad de los particulares». A las normas imperativas denomina también Derecho absoluto, necesario, impositivo *(ius cogens),* las relaciona con el orden público y las divide en preceptivas y prohibitivas. A las otras las llama permisivas (y Derecho voluntario, facultativo, supletorio, dispositivo, *ius dispositivum*), las relaciona con el interés privado y las divide en interpretativas e integrativas (supletorias, integradoras) (CASTÁN TOBEÑAS, J., 1982: *Derecho civil español, común y foral.* T. I, *Introducción y Parte General,* vol. 1, *Ideas generales. Teoría de la norma jurídica,* Madrid: Reus, S. A., pp. 403-406. Fuera de los tratados generales, merece destacarse la aportación de DÍEZ-PICAZO (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., 1956: «La autonomía privada y el derecho necesario en la Ley de Arrendamientos Urbanos», *ADC,* IV, pp. 1147-1181, con una exposición clara y equilibrada de las relaciones entre la autonomía privada y las normas imperativas o dispositivas, si bien la total ausencia de referencias bibliográficas dificulta situar sus reflexiones en las corrientes de la civilística española y europea (algunas indicaciones proporciona el autor en obra de las mismas fechas, 1956: «Los llamados contratos forzosos», *ADC,* I, pp. 85-118).

[30] Con este análisis de las normas dispositivas pueden hacerse algunas observaciones útiles sobre el sentido o los sentidos en que puede decirse que tales normas son también, a pesar de todo, "imperativas". Por una parte, lo son (en el sentido de que obligan o prohíben) cuando la norma N_1 es regulativa de mandato y no se ha ejercido el poder conferido por la norma N_2. Por otra, las condiciones de actualización del poder pueden ser distintas según variadas circunstancias (por ejemplo, contratación entre particulares en pie de igual-

Habitualmente se llama norma dispositiva a N_1[31].

N_2 puede representar una pluralidad de normas que confieren poderes en casos y en condiciones distintos.

La norma N_2 puede conferir un poder tal que se dirija directa y simplemente a la exclusión de la aplicación de la norma N_1 sin necesidad de que el sujeto proporcione otra regulación: por ejemplo, así puede operar la exclusión de las normas sobre responsabilidad para el caso de evicción en la compraventa.

En otros casos el sujeto o los sujetos han de producir una autorregulación que sustituya a las reglas estatales. Así ocurre respecto de las normas de régimen de gananciales (es preciso para excluirlas un régimen matrimonial pactado) o las de sucesión abintestato (es preciso cierto contenido testamentario). En general, si la autorregulación es insuficiente, se aplicará la norma N_1 que no haya sido válidamente excluida.

Ser "norma dispositiva" no es una propiedad intrínseca de N_1, sino una "propiedad relacional"[32]. Es más bien el resultado del juego conjunto de N_1 y N_2: N_1 es "norma dispositiva" gracias a la existencia de N_2. Y la propiedad de N_1 de ser norma dispositiva es relativa también en el sentido de que, puesto que pueden existir varias N_2, N_1 puede ser desplazada por procedimientos y con requisitos distintos según los casos[33].

El mandato[34] de N_1 sólo se actualiza cuando, en el caso, no se ha hecho uso del poder conferido por N_2[35]. Por tanto, la función genérica de la norma dispositiva (N_1) en cuanto tal es proporcionar una regla en defecto de un acto de autonomía.

La eficacia de N_1, cuando no se ejercita el poder conferido por N_2, se aprecia del mismo modo que la de cualquier otra norma de mandato (de permiso, de poder...), de acuerdo con los criterios hasta ahora expuestos.

A su vez, la eficacia de N_2 podría medirse como la de cualquier norma de atribución de poder. En realidad, muchas (acaso la mayor parte) de las normas que confie-

---

dad, condiciones generales de la contratación), de manera que en unos casos puede excluirse la norma N_1 y en otros no: cuando la norma N_1 no puede excluirse podemos decir que estamos en presencia de una "norma imperativa". Pero no es que la norma N_1 cambie de naturaleza, o la tenga plural, sino que la diferencia reside en las condiciones del poder conferido por la norma N_2 en relación con el caso. Dicho de otro modo, ser "dispositiva" no denota una propiedad de la norma N1, sino la función subsidiaria o complementaria que puede tener en relación con el ejercicio del poder conferido por la norma N_2. Y en todos los casos las normas son "vinculantes", "obligatorias", en el sentido de que son verdaderas normas jurídicas a las que los particulares están sujetos: tanto la norma N_2 (que atribuye el poder al particular) como la N_1, que se aplica en todos los casos previstos por el ordenamiento.

[31] BÜLLOW denominó "norma dispositiva" a N_2, poniendo así en la pista del juego conjunto de N_1 y N_2 que los autores posteriores advirtieron y explicaron con mayor o menor claridad.

[32] En el sentido, por ejemplo, de que nadie es intrínsecamente "primo hermano", sino en relación a otros sujetos a los que les une determinado grado de parentesco.

[33] Lo anterior explica o, al menos, permite plantear correctamente, el fenómeno de que una misma norma N_1 que, en general, resulta dispositiva para los contratantes, pueda ser "imperativa" *(ius cogens)* cuando la materia se regula mediante condiciones generales. También que N_1 pueda ser desplazada sólo cuando la regulación contenida en N_2 favorezca a determinado sujeto, que el legislador considera típicamente más vulnerable o necesitado de protección (por ej., contrato de trabajo, arrendamientos urbanos, contratación con consumidores).

[34] O el permiso, o el poder conferido, o la definición propuesta.

[35] En lo que sigue, el poder conferido por N_2 se interpretará como poder de autonomía privada.

ren poderes en Derecho privado están relacionadas con normas "dispositivas", que disciplinan la situación para el caso de no ejercicio del poder.

Pero no es el análisis, por separado, de la eficacia de N_1 y de N_2 el que nos ilustrará sobre la eficacia específica de las normas dispositivas. Si lo característico de éstas es el juego conjunto de N_1 y N_2, en este juego conjunto habremos de centrarnos para apreciar su eficacia social.

7.2. Eficacia social y ejercicio del poder de desplazar la norma

Podemos comenzar con una pregunta: ¿Son más eficaces las normas dispositivas (N_1) cuando se aplican siempre, o en el mayor número de casos, por no ejercer los sujetos el poder conferido por N_2? ¿O, por el contrario, son más eficaces cuanto menos se hayan de aplicar por ser excluidas en la mayor parte de los casos mediante el poder conferido por N_2?

A preferir la primera alternativa llevaría acaso un prejuicio contrario a la autonomía privada, entendida como mal menor y desviación simplemente tolerada de las reglas legales; mientras que la afirmación de la primacía de la autonomía privada conduciría a la segunda alternativa.

Pero las cosas no son así de simples. En el primer caso, ¿por qué habría de molestarse el legislador en dictar normas dispositivas? Le bastaría y sería preferible convertir en cogentes las dispositivas o prescindir de ellas. En el segundo caso, estaríamos olvidando los costes de transacción. Es imposible para los contratantes prever todas las circunstancias, contingencias y vicisitudes posibles de su relación contractual; antes que imposible, es costoso en información, tiempo y esfuerzo y, por tanto, ineficiente el tratar de prever las consecuencias más allá de ciertos límites. Las normas dispositivas son, por tanto, funcionales a la libertad de contratación, al facilitar (abaratar) las transacciones, proporcionando un regla para los supuestos que los contratantes no han podido o querido prever. De manera que también desde este punto de vista parece de mayor eficacia la norma dispositiva que no es excluida por voluntad de los particulares, pues esto es comprobación o, al menos, indicio, de que la consideran adecuada para regular sus incumbencias.

Sin embargo, parece necesario distinguir tipos de normas dispositivas, atendiendo a la función específica de cada una de ellas, antes de formular algún juicio sobre su eficacia social.

No hay que atender sólo al contenido de la norma N_1, sino también al tipo de permiso que acompaña a la norma N_2. El poder de ejercicio facultativo de darse normas distintas de N_1, desplazando la aplicación de ésta, puede ser, como todos los permisos, de mera tolerancia, neutro o incentivado. El éxito de las normas dispositivas puede consistir tanto en su aplicación en la mayor parte de los casos posibles como en que no se vean aplicadas prácticamente en ningún caso: dependerá del sentido del permiso.

En cualquier caso, el concepto de eficacia se aleja notablemente de la elemental apreciación del cumplimiento de la norma (o, en otro caso, aplicación coactiva). Es evidente que la exclusión de la norma N_1 mediante el ejercicio del poder conferido por la norma N_2 no es un supuesto de incumplimiento de N_1.

Haré primero algunas consideraciones sobre normas dispositivas ajenas a la materia contractual y luego sobre las que se insertan en la regulación del contrato o de los contratos en particular.

7.3. Las normas sobre sucesión intestada

En primer lugar, los importantes supuestos de la sucesión intestada y del régimen económico matrimonial. Estas normas son dispositivas, puesto que su aplicación puede ser evitada mediante el testamento, en el primer caso, y las capitulaciones matrimoniales, en el segundo. Pero, a diferencia de lo que ocurre respecto de las normas contractuales dispositivas, que sólo están llamadas a aplicarse en presencia de un contrato y para completar sus reglas, la sucesión intestada o el régimen matrimonial legal rigen en ausencia de toda previsión de los particulares cuando se dan ciertos hechos: involuntario en el primer caso —muerte del causante—, voluntario en el segundo —matrimonio.

En ambos casos, conocer el número o proporción de actos de los particulares que excluyen las normas dispositivas parece relevante para juzgar sobre la eficacia de éstas, en el sentido de la utilidad y utilización reales de los poderes atribuidos a los particulares y de la capacidad de las normas dispositivas para conformar las relaciones sociales.

¿Cuántas sucesiones, en España, se gobiernan por las normas —dispositivas— de la sucesión intestada y cuántas por testamento? ¿Más o menos que en los países de nuestro entorno? ¿Crece o disminuye el número de testamentos?

No es fácil contestar. Traté de hacerlo en otro trabajo[36], apurando al máximo los datos publicados —procedentes de la estadística notarial—, con el apoyo de un escandallo que amablemente realizaron los funcionarios de la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón durante cuatro meses. Aunque nuevas comprobaciones serían muy convenientes, creo poder afirmar que, en España, aproximadamente la mitad de todas las herencias se defieren por testamento. Con toda seguridad, el número de testamentos otorgados en los últimos veinte años aumenta sorprendentemente: desde 1984 ha crecido más del 50%, lo que no sólo es muy superior al aumento de la población, sino también al incremento del total de instrumentos notariales autorizados. Si los datos son ciertos, España sería uno de los países del mundo con mayor número de herencias deferidas por testamento, quizás por encima de Estados Unidos, que suele considerarse a la cabeza de la libertad de testar y su ejercicio[37]. Para Europa, se considera que en Inglaterra el porcentaje llega al 30%, en Alemania quizás al 20, y puede bajar hasta el 2,5 en Italia[38].

---

[36] DELGADO, J., 2006: «Una propuesta de política del Derecho en materia de sucesiones por causa de muerte», *Derecho de sucesiones. Presente y futuro. XII Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Santander 9 a 11 de febrero de 2006,* Servicio de Publicaciones, Universidad de Murcia, pp. 103-115.

[37] VAN HOUTTE, J.; KEULENEER, M., y VAN DER BRANDE, K., 1995: «Inheritance Law and Practice in the USA and Belgium», *Sociologia del Diritto,* n. 3, pp. 75-106.

[38] FERRARI, V., 1972: *Succesione per testamento e trasformazioni sociali,* Milano: Edizione di Communità, p. 75.

Si los datos son ciertos —por segunda vez introduzco esta cautela, dadas las dificultades para averiguarlos— es claro que, en España, las normas —dispositivas— sobre sucesión intestada son mucho menos eficaces que en otros países, en el sentido de que son seguidas en un número menor de los casos posibles. ¿Es ello de lamentar? Antes al contrario, si consideramos la libertad testamentaria como un principio valioso. Pero, dejando aparte otras muchas consideraciones posibles —sobre la afortunada configuración por la ley del testamento notarial y su fiabilidad, por ejemplo; o sobre la influencia en la testamentifacción del acceso generalizado a la propiedad de la vivienda—, hay un aspecto que merece la pena señalar. Se ha sugerido (ciertamente, para otros países europeos) que «la propensión a testar depende en buena medida de la opinión social sobre el *ordo succesorius* legal» [39], o bien que «si las concepciones de la ley de sucesión intestada no coinciden con las de la gente, habrá mayor propensión a hacer testamento» [40]. Fluye fácil la hipótesis de que, en el ámbito del Código civil español, el deseo de las personas casadas de dejar al cónyuge bastante más de lo que la ley le atribuiría abintestato (en concurrencia con descendientes o con ascendientes) es uno de los mayores estímulos para otorgar testamento. Si esto es así, bien podría decirse que las normas que regulan la sucesión intestada tienen un déficit de eficacia social porque se apartan, al menos en el punto señalado, de lo que los ciudadanos entienden que debería ser el curso del fenómeno sucesorio.

7.4. Las normas sobre régimen económico matrimonial

Echemos ahora una ojeada a lo que ocurre con las capitulaciones matrimoniales. En la tradición del Código civil español eran muy escasas las capitulaciones matrimoniales anteriores al matrimonio y estaban prohibidas las posteriores (hasta 1975). Por el contrario, en los Derechos civiles forales tuvieron históricamente las capitulaciones un papel central en la regulación de las relaciones económicas en la familia. Ahora bien, en la segunda mitad del siglo XX su otorgamiento llegó a ser un fenómeno marginal, relacionado con formas tradicionales agrarias de familia. En definitiva, apenas había diferencia dentro de España en cuanto a otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, que en todos los lugares era muy escaso, aunque todavía algo mayor en los países de fuero.

Pues bien, en los últimos tiempos está ocurriendo algo notable. El número de capitulaciones otorgadas aumenta desde 1975, hasta llegar en el año 2001 al 30% del número de matrimonios contraídos en el mismo año (en 1975 era del 0,8% de los matrimonios contraídos en el mismo). Por otra parte, este aumento es bastante homogéneo o, en todo caso, no responde a los viejos esquemas de contraposición entre Código civil y Derechos forales. Canarias y Madrid están a la cabeza. Sin duda divorcios y segundos matrimonios proporcionan estímulos para capitular, sentidos en principio del mismo modo en el centro que en la periferia, en el norte que en sur (con la importante excepción que se comenta a continuación). Parece que un creciente número de matrimonios no se encuentran a gusto bajos las reglas del régimen económico matrimonial legal. El desapego a la comunidad de gananciales, aunque minoritario, es ya

[39] FERRARI, V., 1972: p. 51.
[40] VAN HOOUTTE y otros, 1995: p. 85.

claramente visible en la sociedad. Es el régimen de separación el que se considera preferible en muchos casos.

Confirmación de esta preferencia por el régimen de separación nos la proporciona el hecho, de otro modo incomprensible, del aumento mucho menor que las capitulaciones matrimoniales han experimentado en Cataluña, tierra tradicional de ellas. Lo que ocurre es que el régimen legal es allí el de separación y prácticamente nadie pacta uno de comunidad: las capitulaciones parecer servir allí preferentemente para modificar algunos rasgos del régimen de separación recientemente innovados por el legislador[41].

Podríamos concluir diciendo que, comparativamente, las normas del Código civil sobre comunidad de gananciales son menos utilizadas por sus destinatarios como modelo para orientar sus conductas que hace unos decenios; y menos también que las catalanas sobre régimen de separación por los suyos.

Por último, una observación sobre las reglas del "régimen de participación" introducidas en el Código civil en 1981 (arts. 1.411-1.434). Puesto que prácticamente nadie ha pactado desde entonces tal régimen —no se conocen resoluciones judiciales sobre el mismo— bien puede concluirse que son reglas dispositivas totalmente ineficaces: una oferta legal de normas dispositivas que no ha encontrado ninguna aceptación.

7.5. Derecho de los contratos

Pasemos al Derecho de los contratos, en el que el Derecho dispositivo ocupa la mayor parte de los artículos de los códigos. Los autores mantienen distintas concepciones sobre la finalidad y sentido de las normas dispositivas. La opinión más antigua las entendía como expresión de la "voluntad presunta" de los contratantes; luego, como "voluntad hipotética", o más bien como la regulación que dos sujetos racionales —que disponen de toda la información y ninguno de ellos tiene poder sobre el otro— habrían dado *ex ante* si hubieran dedicado la atención suficiente a aquellas incidencias posibles. Por otra parte, está la opinión (quizás no tan alejada de la última indicada) de quienes entienden las normas dispositivas como la regulación justa discernida por el legislador en atención a los intereses en juego en un particular tipo contractual. Además, se admite con mayor o menor amplitud que las normas dispositivas pueden o deben recoger los usos del tráfico o acomodarse a ellos.

EHRLICH[42] sugirió que la función principal de todas las normas dispositivas *(nichtzwingende Recht)* es evitar o limitar el arbitrio judicial, proporcionando una norma cierta

---

[41] Para todo lo anterior, LAMARCA, A., y otros, «Separación de bienes y autonomía privada familiar en Cataluña», *Indret,* 4/2003, en línea en http://www.indret.com/pdf/dc07_es.pdf (consultado 22 de enero de 2006); luego en «Separate property and family self-determination in Catalonia: A changing model?», en MARTÍN-CASALS, M., y ROBOT, J. (eds.), 2006: *The role of self-determination in the modernisation of family law in Europa,* Girona: Documenta Universitaria (con datos actualizados hasta 2003). Datos sobre capítulos matrimoniales y régimen de separación pactados por contrayentes en Zaragoza el año 2002, anotados en el Registro civil inmediatamente antes o después, en LACRUZ MANTECÓN, M., 2004: intervención en la Ponencia «El régimen económico matrimonial de separación de bienes», *Actas de los decimoterceros Encuentros del Foro de Derecho Aragonés,* Zaragoza: El Justicia de Aragón, pp. 146 y ss.

[42] EHRLICH, E., 1899: *Das zwingende und nichtzwingende Recht im Bügerlichen Gesetzbuch für das deustche Reich, Jena,* repr. facsimilar, Aalen: Scientia Verlag, 1970, p. 42. En pp. 74, un cuadro de las posi-

para todos los supuestos que los contratantes no quisieron o no pudieron prever. A estos efectos, es irrelevante el contenido de la norma dispositiva: lo importante es que ha de ser aplicada por el juez por igual a todos los casos iguales. Podemos luego —EHRLICH lo hace— diferenciar diversos tipos o grupos de normas dispositivas, pero para todas ellas, cualesquiera que sean sus otros fines (interpretar la voluntad de las partes, recoger las cláusulas frecuentes en contratos del mismo tipo, adoptar los usos del tráfico, introducir una regulación equilibrada respecto de los intereses de las partes típicamente considerados, proteger a una de las partes), lo principal es que exista esa norma dispositiva que el juez ha de aplicar (necesariamente: para el juez es norma cogente).

Partiendo de esta idea de EHRLICH, que me parece clarificadora, el análisis podría continuar sugiriendo la irrelevancia o indiferencia de los contenidos específicos de las normas dispositivas. Puesto que los particulares pueden evitarlas, cualquier contenido sería adecuado [43], también el más alejado de las previsiones y deseos típicos de los particulares. Aun así, parecería un fracaso de la obra del legislador si ocurriera que en la inmensa mayor parte de los casos en que las normas dispositivas podrían aplicarse los particulares las excluyeran [44].

Pero hay más. El contenido de las normas dispositivas sería quizás indiferente en ausencia de costes de transacción. La mera existencia de la norma dispositiva (cualquiera que sea su contenido) ahorra costes de transacción. Ésta sería la principal función de estas normas de acuerdo con el análisis económico del Derecho [45]. Pero los contenidos específicos de estas normas, aun inadecuados (cualquiera que sea el punto de vista, subjetivo u objetivo, para este juicio), se impondrán en la realidad si son altos

---

bles funciones (el autor habla de *Zweck in Rechte* y de *ratio iuris*) que pueden tener las normas que completan el contenido de las declaraciones negociales de los particulares.

[43] Salvo que sea contrario a norma superior, en particular a la Constitución. De acuerdo con la importante STC de 14 de febrero de 2002, «no se derivan diferentes exigencias de adecuación constitucional según que la norma cuestionada tenga carácter dispositivo o imperativo. Al margen de que la posibilidad de que los particulares puedan desplazar la aplicación de la regulación dispositiva encuentra siempre determinados límites, en unas ocasiones generales y en otras acotados por la norma que establece tal posibilidad, no parece adecuado afirmar que no hacer uso del margen de autonomía reconocido en la norma implique una opción voluntaria de sometimiento a la regulación dispositivamente introducida en la norma, sino que la aplicación de la misma deriva del carácter vinculante del Derecho, por lo que las mismas exigencias de adecuación a la Constitución deberán entrar en juego».

[44] Creo que tal puede decirse, por ejemplo, de la norma que "presume" que no hay solidaridad entre deudores (art. 1.137 CC): en ningún contrato, al menos cuando una de las partes sea un profesional, dejará de pactarse la solidaridad. Dígase lo mismo de los llamados beneficios de excusión y división en la fianza; o de las normas que presume la gratuidad del préstamo de dinero (arts. 1.755 CC, 314 CCom.). Estas normas tienden a proteger al deudor, y su habitual ineficacia pone de manifiesto el escaso alcance práctico que tiene la pretensión de proteger a una de las partes de la relación mediante normas dispositivas.

[45] PAZ-ARES, C., 1995: «Principio de eficiencia y Derecho privado», *Estudios en Homenaje a M. Broseta Pont,* t. III, Valencia: Tirant lo Blanch, p. 2853 y referencias en nota 10, accesible en http://www.uam.es/centros/derecho/privado/mercanti/investigacion/ cpa%20-%20pop.pdf. El influyente artículo de AYRES, I., y GERTNER, R., 1989: «Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules», 99 *Yale L. J.,* pp. 87 y ss. (que PAZ-ARES cita) introdujo el concepto de *penalty default rules* (normas dispositivas que pretenden mover a una de las partes a proporcionar información a la otra o a terceros), que autores posteriores aceptaron pero criticó Eric POSNER (POSNER, E., «There Are No Penalty Default Rules in Contract Law», *U. Chicago Law and Economics,* Olin Working Paper N. 237, accesible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=690403. El estado de la cuestión en BAFFI, E., 2006: «Ayres and Gertner versus Posner-A Re-examination of the Theory of "Penalty Default Rules"» (december), accesible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=948916.

los costes de transacción para pactar una regla que excluya la normas dispositiva. En este sentido, las normas dispositivas inadecuadas se aplicarán en buen número de casos en razón simplemente de los costes de transacción para evitarlas[46].

Esto hace que el legislador pueda preferir determinados contenidos para regulaciones dispositivas, aun sabiendo o previendo que no serán recibidos con agrado por los particulares (puede creer que la regulación es más justa que la que éstos voluntariamente pactarían o dispondrían), sin verse compelido por ello a configurar la norma como imperativa (que parecería la opción obvia dadas las premisas). Le basta con prever que sólo una parte de los sujetos interesados harán uso del poder que les confiere para regular libremente sus relaciones, mientras que los otros, quizás la mayoría, por falta de información o, en general, por los fuertes costes de transacción a que habrían de enfrentarse, se verán de hecho sometidos a la norma. De este modo las normas dispositivas pueden tener (casi) la misma eficacia conformadora de las relaciones sociales que las normas imperativas.

8. LAS NORMAS QUE INVALIDAN LOS ACTOS DE LOS PARTICULARES

Las normas que confieren poderes a los particulares son simultáneamente normas que establecen los requisitos de validez de sus actos y, correlativamente, normas que señalan la invalidez de los que no se atengan a tales requisitos.

En cuanto que atribuyen poderes, guían u orientan conductas, aunque lo hagan de una manera distinta a las normas de mandato. Lo hacen indirectamente, se ha dicho[47]: guían la conducta, no de todos aquellos que se encuentran en la situación hipotizada por las normas, sino únicamente de quienes tienen razones (deseos, intereses) para realizar con resultados institucionales el acto para el que se atribuye el poder.

En cuanto "normas invalidantes", quizás en un sentido muy amplio podría decirse que, lo mismo que las que establecen sanciones, contribuyen a «salvaguardar a las leyes de la erosión de las acciones contrarias»[48]. Éste es un importante efecto simbólico, que

---

[46] Por ejemplo, cabe pensar que son altos los costes de transacción para pactar un régimen económico matrimonial distinto del legal, tanto antes como después del matrimonio. La situación es de monopolio bilateral.

[47] RAZ, J., 1986: «Postscriptum», *El concepto de sistema jurídico,* trad. cast. México: UNAM, 272. ATIENZA y RUIZ MANERO traducen mejor el párrafo principal: «El Derecho guía la acción del titular del poder [...]. Es por esto por lo que las reglas que confieren poderes son normas. Guían la conducta. Pero a diferencia de las reglas que imponen deberes ellas proporcionan una guía indeterminada. Los deberes son exigencias que derrotan las otras razones para la acción que el agente tenga. La guía proporcionada por los poderes *depende* de las otras razones del agente. Si tiene razones para obtener el resultado que el poder le posibilita lograr, entonces tiene razones para ejercerlo. Si tiene razones para evitar el resultado, entonces tiene razones para no ejercer el poder» (ATIENZA, M., y RUIZ MANERO, J., 2004: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* 2.ª ed., Barcelona: Ariel, p. 90.

[48] Otra forma en que contribuyen las normas de (in)validez a mantener el respeto por el ordenamiento jurídico es mediante la legitimación específica que generan para la actividad y el poder de los juristas. De los tres tipos de actividad de los juristas romanos *(cavere, agere, respondere),* la primera, *cavere,* consiste en la redacción de la fórmula de los actos. No es casualidad que el conocimiento jurídico que Gneo Flavio "robó" a los pontífices para ponerlo a disposición de la plebe fuera precisamente el de las fórmulas procesales y para la validez de los actos en el *ius.* Hoy como ayer, los particulares (lo mismo que las autoridades) necesitan consultores jurídicos que les indiquen cómo realizar sus actos (contratos, testamentos, demandas) para que sean válidos. Adicionalmente, otros juristas (señaladamente, los notarios) han de intervenir en muchas ocasiones

se produce por el simple hecho de existir la norma. Las normas de invalidez proclaman la "santidad de la ley", "santidad" que no quedará mancillada por los actos desviados de autoridades o particulares. Este efecto es automático, indefectible, sin necesidad de intervención de acto alguno de autoridad ni modificación en el mundo real. Por tanto, es gratis para el legislador y los poderes públicos, que no tienen necesidad de ninguna medida para implementar lo dispuesto en la norma. Gran tentación, por tanto, para el legislador, que puede creer que, con sus meras palabras («los actos de tal clase son nulos», con los añadidos, acaso, de «absolutamente, radicalmente, de pleno derecho») ya ha cambiado la realidad. Sin pensar en predisponer otras medidas (sanciones, por ejemplo) que disuadan eficazmente de realizar los actos, ni prever siquiera cómo orientará las conductas, en el caso concreto, la declaración de invalidez [49].

En cierto sentido, las normas invalidantes son siempre eficaces: el acto «no produce efecto alguno». Pero esto sería una eficacia meramente "intrajurídica". La cuestión que nos planteamos es si la previsión normativa de la invalidez de los actos evita realmente la realización de los mismos. Si cumple una función disuasoria. En esto, en la posible función disuasoria, se parecería la invalidez a la sanción [50].

Lo que sigue son algunas reflexiones sobre la posible eficacia disuasoria de las normas de invalidez.

1. No siempre las normas de nulidad pretenden disuadir de realizar los actos, o de realizarlos de otro modo que del predispuesto en las normas que regulan el ejercicio del poder. Al Estado puede serle indiferente que los particulares, por ejemplo, hagan testamentos o contratos inválidos por defecto de forma (le basta con no otorgarles validez). NINO lleva más lejos esta consideración y entiende que, en general, la nulidad no está dirigida a desalentar comportamientos disvaliosos [51]. En su opinión, en ausencia de normas prohibitivas (sobre modalidades de ejercicio del poder) «los particulares son completamente libres de celebrar los contratos jurídicamente nulos y de hacerlos cumplir por medios no coactivos». Hay que volver a subrayar la condición de «en ausen-

---

para "validar" los actos previa comprobación de su adecuación a la legalidad. Hipotéticamente, los miembros de una sociedad podrían prescindir de los juristas para el conocimiento de las normas de mandato, si éstas coinciden con las de la moral social; pero los necesitarán en cuanto las normas que confieren poderes señalen las modalidades para su ejercicio, pues éstas son siempre artificiales, "puramente jurídicas" y necesitadas de aprendizaje especializado.

[49] Es cómodo para los emperadores (Teodosio y Valentiniano, *Lex Non dubium*) fulminar con el rayo de la nulidad la conducta de los decuriones contraria a sus decretos. Pueden hacerlo a distancia, desde su palacio, sin necesidad siquiera de enviar emisarios a provincias. Otra cosa hubiera sido conseguir que sus oficiales castigaran a los que circunvenían sus prohibiciones. Tengo la sospecha de que el éxito de la *Lex Non Dubium* (y su reflejo en el art. 6.3 CC) tiene mucho que ver con este efecto simbólico de la nulidad, producido por las meras palabras, sin necesidad (ni, acaso, intención) de modificar la realidad.

[50] El hecho de que tanto la invalidez como la sanción tuvieran eficacia disuasoria no justificaría asimilar la invalidez a la sanción. Como es bien sabido, también determinados impuestos y tasas (sobre el alcohol y el tabaco, por ejemplo) tienen fines disuasorios, sin que puedan por ello considerarse sanciones en ningún sentido técnico. Me he ocupado de las relaciones entre invalidez y sanción (conceptos que creo deben mantenerse separados) en «¿"Sanción de invalidez"? Los conceptos de invalidez y de sanción», Ponencia en el Coloquio sobre Invalidez e ineficacia de los actos jurídicos, Zaragoza, 9 y 10 de noviembre de 2006, en línea en *NUL: Estudios sobre invalidez e ineficacia, 2006 (Especial Coloquio),* http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=249.

[51] La nulidad tampoco «puede verse como una sanción, si es que es un rasgo distintivo de ésta el estar dirigida a desalentar comportamientos disvaliosos» (NINO, C. S., 1985: *La validez del Derecho,* Buenos Aires: Astrea, p. 205).

cia de normas prohibitivas», pues éstas muy frecuentemente acompañan a las normas de incompetencia en razón del contenido de los actos o de la incompatibilidad de su contenido normativo con normas superiores. Pero no deja de ser cierto que en un ámbito que puede ser muy amplio las normas de invalidez guían la conducta de los sujetos a la manera de las normas técnicas (persuadiendo, pero no intimidando), más como recomendaciones o advertencias que como preceptos o mandatos («si no actúas como dice la ley, no alcanzarás tu propósito»). La frustración del interés del sujeto al resultar su acto inútil no es una consecuencia añadida por la ley (imputada a la conducta del sujeto), sino causada por la conducta misma[52]. Al Estado le es indiferente que el sujeto alcance o no su propósito y, por tanto, cuál sea su conducta al respecto.

2. Hay casos en que, por razones intrínsecas, no es pensable una finalidad disuasoria. Son obvios los supuestos de invalidez por error. La norma que señala la invalidez del contrato viciado por error no tiene ninguna posibilidad de servir de orientación para el que sufre el error «No caigas en el error porque entonces tu contrato será inválido», sería la pintoresca regla técnica, sólo atendible por quien supiera lo que no sabe. Como para nada puede orientar la conducta del testador la norma que prevé la anulación del testamento en el caso de que haya preterido no intencionalmente a alguno de sus legitimarios. En los casos de dolo o de violencia, ciertamente la norma invalidante no pretende (no podría) guiar la conducta de quien los sufre: pienso que tampoco pretende guiar la conducta de quien los utiliza, sino que esta finalidad la tiene la norma de conducta que les prohíbe utilizarlos.

Creo que no tienen la finalidad de orientar la conducta de los sujetos las normas que invalidan los contratos celebrados por menores o incapaces. Es obvio respecto de los que carecen de aptitud natural de entender y querer. Pero tampoco para quienes la tienen hay propiamente una prohibición de contratar. Desde otro punto de vista, ciertamente, la norma puede desalentar a los mayores de edad de contratar con menores o incapaces, pero no es seguro que ésta sea su finalidad.

3. En sentido contrario, hay también muchos casos en que la finalidad de la norma invalidante es desalentar la realización de los actos: en todos los casos en que la invalidez está prevista como consecuencia de la infracción de una prohibición (más aún si no se prevé ninguna otra consecuencia sancionadora).

Otra cosa es que, en efecto, la invalidez sea adecuada o suficiente para disuadir de realizar la conducta prohibida. En el terreno de la eficacia y la efectividad social de la norma, son muchas las circunstancias de la realidad (además de la configuración de la norma) que pueden excluir o minorar este efecto disuasorio. Entramos en un terreno poco o nada explorado. Propongo y comento algunos ejemplos.

a) No hay efecto disuasorio cuando a los sujetos les es indiferente la validez, es decir, la posibilidad de utilizar la coacción estatal para lograr el cumplimiento de los deberes resultantes del acto. La Ley de Defensa de la Competencia (Ley 16/1989, de 17 de julio) proporciona un buen terreno para la reflexión. El n.º 2 de su art. 1 dispone que «son nulos de pleno derecho los acuerdos, decisiones y recomendaciones

---

[52] Utilizo categorías y clasificaciones tomadas de BOBBIO, N., 1994: «Sanzione», *Contributi ad un dizionario giuridico,* Turín: Giappichelli, pp. 307-333; en particular, pp. 313-315 y 321-322 (1969: «Sanzione», en *Novissimo Digesto Italiano,* XVI, Turín: Utet, pp. 530-540).

que estando prohibidos en virtud de lo dispuesto en el n.º 1, no estén amparados por las exenciones previstas en la presente Ley». Pero el legislador parece consciente de que la nulidad de poco serviría para desalentar estos actos, por lo que establece a continuación un catálogo de sanciones (en particular multas, sancionadoras y coercitivas). Sobre todo, ocurre que no sólo están prohibidos los acuerdos, decisiones o recomendaciones que tengan por objeto, produzcan o puedan producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia, sino también toda «práctica concertada o conscientemente paralela» con el mismo objeto o consecuencia. Son esas "prácticas" lo que realmente se quiere erradicar y para ello la nulidad carece de sentido. Cuando haya acuerdos, el problema principal no es su existencia, pues, al menos si son claramente ilegales, nadie pretenderá exigir su cumplimiento ante los tribunales: el problema es que se están "cumpliendo", es decir, que voluntariamente las empresas están realizando las prácticas contrarias, de forma concertada o conscientemente paralela.

Consideraciones similares pueden hacerse sobre el pacto *de non licitando,* tendente a alterar el resultado de la subasta (ejemplo clásico de contrato contrario a la moral o las buenas costumbres): rara vez el problema será que una de las partes reclama su aplicación en juicio. La norma que tacha de inválido al pacto poco puede hacer para desincentivar las conductas concertadas.

En general, puede sugerirse que cuando las partes tienen razones suficientes, ajenas al sistema jurídico, para mantener la conducta pactada, la norma de invalidez es ineficaz para modificar esta conducta. Su efecto parece ser exclusivamente el simbólico de mantenimiento de la santidad de la norma.

b) El caso del contrato usurario suscita reflexiones distintas. La validez interesa al prestamista, pues para el prestatario es razón importante para cumplir (pagando los intereses y restituyendo el capital) la posibilidad de ser condenado a ello por un tribunal. De hecho, es frecuente que el prestatario alegue el carácter usurario del préstamo sólo al ser demandado por incumplimiento.

Ahora bien, que la nulidad alcance efectos disuasorios para el prestamista depende de las consecuencias posteriores a la declaración de nulidad. Si, siguiendo un esquema "clásico", declarada la nulidad el prestatario ha de restituir de inmediato el capital, el cálculo coste-beneficio puede mover a los prestamistas a seguir prestando con intereses usurarios, previendo una probabilidad escasa de que los prestatarios hagan valer la nulidad junto con el hecho de que, en estos casos poco probables, recuperarán de inmediato el capital (que, simplemente, habrá quedado improductivo durante el tiempo transcurrido si a su vez han de restituir todos los intereses percibidos: menor efecto disuasorio tendría todavía una regulación que le permitiera retener el interés usual o el legal)[53].

Una regulación que privara al usurero de la acción para recuperar el capital —al menos, durante el tiempo pactado para el préstamo— sería, sin duda, mucho más disuasoria. Claro que establecería, precisamente, una sanción: una pena de derecho privado. Algo que la doctrina y la jurisprudencia españolas ven con especial recelo, pero que podría fundarse en lo dispuesto en los arts. 1.305 y 1.306. Lo que quiero señalar aquí es que esta regulación de las consecuencias de haber realizado atribu-

[53] Sobre la ley española y las diversas actitudes de sus intérpretes puede verse DELGADO, J., y PARRA, M. Á., 2005: *Las nulidades de los contratos,* Madrid: Dykinson, pp. 311-316.

ciones patrimoniales con causa ilícita o torpe (no sólo en el caso mencionado de la usura), que tiene en el Código un indudable sentido punitivo con previsibles efectos disuasorios, suele ser evitada por los tribunales y combatida por los autores[54]. ¿Acaso porque les parece suficiente sanción la declaración de nulidad? Desde el punto de vista de la eficacia disuasoria de la sanción, es claro que la mera nulidad resulta inútil. Cabe pensar que los juristas a quienes las "penas privadas" parecen inconvenientes —aunque los "daños punitivos" no son ya totalmente ajenos al ordenamiento español y parece que su reconocimiento va creciendo—, si afirman que «la nulidad es una sanción» es porque saben que, en realidad, no es una sanción punitiva y no tiene por sí efecto disuasorio.

4. Los contratos simulados es otro campo interesante para comprobar en qué forma la invalidez desalienta la realización de los actos, si es que lo hace. No entraré aquí en explicaciones sobre la simulación y sus tipos: me basta con señalar que autores y tribunales son unánimes en que el contrato simulado es nulo de pleno derecho (y en que el contrato disimulado es válido si tiene los requisitos de fondo y forma), aunque disientan en el fundamento de esta nulidad. Pues bien, la nulidad es precisamente lo que desean las partes. La nulidad del contrato simulado no tiene la menor capacidad disuasoria, antes bien, es una condición necesaria para que los particulares los concierten. Paradójicamente, el efecto disuasorio lo tendría la validez de lo declarado y sólo aparentemente querido.

En este como en los ejemplos anteriores no estoy formulando propuestas de política legislativa, sino analizando teóricamente las potencialidades disuasorias que en diversos contextos pueden apreciarse en la invalidez, para mostrar que tampoco en este sentido funcional y sociológico de las sanciones puede decirse que la invalidez, en general, lo sea[55].

---

[54] Desde el punto de vista del análisis económico del Derecho, se ha defendido que las reglas del *Common Law* sobre contratos ilegales son eficientes, precisamente porque niegan toda acción (cumplimiento, rescisión y *restitución*) a ambas partes, con excepciones casuísticas que no se alejan mucho de lo dispuesto en nuestros arts. 1.305-1.306 CC (KOSTRITSKY, J. P., 1988: «Illegal Contracts and Efficient Deterrence: A Stady in Modern Contract Theory», *Iowa Law Review,* vol. 74, p. 115. Accesible en SSRN: http://ssrn.com/abstract=923577). En ambiente académico muy distinto (aunque con alguna influencia de *Law and Economics*) se ha recordado recientemente el punto de vista de CANARIS (1990) sobre la negación de restitución que resulta del § 817 BGB en los casos de prestación contraria a la ley o a las buenas costumbres: la regla (que incluye los contratos usurarios) estaría justificada por su eficacia de prevención general (WAGNER, G., 2006: «Prëvention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht-Anmassung oder legitime Ausgabe?», *Archiv für die Civilistische Praxis,* Bd. 206, en particular pp. 364-368).

[55] En cuanto a la simulación, creo, con P. SALVADOR, que no está prohibida en nuestro Derecho (por tanto, está permitida "en sentido débil"), pero que no hay razones para propiciarla. Añado que, en ciertos casos genéricos, convendría desalentarla; para estos casos, cabría considerar dar validez al acuerdo aparente. P. SALVADOR recuerda la postura de CARBONNIER, partidario de impedir en lo posible la simulación, y da cuenta de cómo en Francia, entre otros supuestos, la simulación del precio en la compraventa de inmuebles tiene la consecuencia de que para las partes el precio simulado sea el realmente debido. Esto, sin duda, desincentiva al vendedor de hacer constar en la escritura un precio más bajo cuando se quiere cobrar aparte un sobreprecio (acaso "en negro") (SALVADOR, P., «Simulación negocial, deberes de veracidad y autonomía privada», p. 48, en SALVADOR, P., y SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1999: *Simulación y deberes de veracidad,* Madrid: Civitas.

EL SUEÑO DE LA CODIFICACIÓN Y EL DESPERTAR DEL DERECHO

M. Leonor Suárez Llanos

Universidad de Oviedo

RESUMEN. Una parte importante de este trabajo centra su interés en mostrar, desde una perspectiva iusfilosófica, los problemas y obstrucciones de los que adolece la codificación en las sociedades y órdenes sociales postindustriales y postmodernos contemporáneos. En este sentido, el interés del análisis se centra en la "crisis" de la codificación que aquejaría a los Estados legicéntricos. Una crisis vinculada al impacto de la alianza Estado-sociedad y la conformación de un nuevo modelo neoconstitucional del Estado social de Derecho. En este marco, la codificación ya vería frustrada su fundamental función práctica de reducir la complejidad social. El siguiente paso nos conduce al objeto fundamental de interés de este trabajo, mostrar en qué sentido un nuevo modelo de codificación es posible. En este sentido, propondré un modelo de neocodificación centrado en un concepto del Derecho comprehensivo, plural y dinámico orientado a una neocodificación abierta y "a Derecho constante".

Palabras clave: Crisis de la codificación, neocodificación.

ABSTRACT. An important part of this paper is interested in showing, from an iusphilosophical perspective, the problems and obstructions of codification in the contemporary era in the postindustrial and "postmodern" societies and social orders. In this sense, the interest of this analysis focuses on the "crisis" of codification in statute-centered countries. A crisis related to the impact of the alliance state-society for conforming a new model of neoconstitutional social Rule of Law (state of Law) in which codification fails its fundamental practical function of reducing social complexity. The next step leads us to the fundamental object interest of this paper, to show in which sense a new model of codification is possible. In this sense, I will propose a model of neocodification centered in a comprehensive, plural and dynamic concept of Law which leads to a neocodification opened and "to constant Law".

Keywords: Crysis of Codification, Neocodification.

(1) A lo largo de las décadas la codificación ha ido perdiendo muchas de sus buenas razones presionada, en amplia medida, por la conciencia de que la complejidad y dinamicidad de las relaciones sociales difícilmente puede encapsularse en un momento de inspiración legislativa. Por eso, será bueno cuestionarse si, razonablemente, eso que el Código haya perdido, podrá ahora ganarlo en razón o si ésta recomienda romper el compromiso codificador.

(2) La segunda mitad del siglo XX marca el inicio de una revolución jurídica contra el formalismo y el cientifismo instaurados en el siglo XIX y contra el proyecto mismo del Estado de Derecho. En la convulsión de esta revolución, en la que estamos más menos cómodamente instalados, determinar en qué consiste el Derecho se ha convertido en una cuestión relativa dependiente de distintas claves que centraré en torno a dos posiciones.

La una, escéptica y abanderada de una postmodernidad, que ya viene de antiguo, y que cuestiona la fe racional en la teoría positivista del Derecho y en la concepción política liberal sobre la que se erige. En torno a esta comprensión giran distintas variantes que se radicalizan en un "deconstructivismo" (vinculado a los CLS); los valores político-liberales encubren la voluntad de dominación y la teoría y doctrina del Derecho la legitiman mostrando su carácter esencialmente contradictorio y variable (MANGABEIRA UNGER). Consecuentemente, el reclamo es desarticular el conjunto de categorías que operan en la doctrina legal, falsamente enmascaradas de racionalidad, para desactivar las fuerzas político-económicas que actúan ilegítimamente como factores de opresión.

La segunda alternativa de comprensión del Derecho se opone a la anterior al vincularse al optimismo de la apología de los valores liberales y al ideal de racionalizar el instrumental jurídico sistematizándolo en cuerpos coherentes que fijen la actividad discrecional del juez, la razón democrática encapsulada en la voluntad legislativa, la seguridad jurídica y la conceptualización jurídica general. Aunque también abraza distintas versiones, esta alternativa se homogeneiza en la especulación y la práctica que formatea el registro teórico de los operadores jurídicos en gran parte de las sociedades jurídicas desarrolladas desde el siglo XIX: exaltación de la Constitución organizativa y procesual, definición de un legislador presuntamente racional, de un aparato ejecutivo- administrativo que desarrolla la ley positiva y de una red judicial que "sólo" aplica la ley. La cima del proyecto se abandera con la institucionalización codificadora y la lógica estatista exegética de la aplicación judicial que recorre la Europa continental y América del Sur.

Si el problema de la primera alternativa es su vacío constructivo, el deconstructivismo al que aboca su convencimiento de que la teoría y la práctica demuestran la irracionalidad política y la manipulación trasunta en la promesa de racionalización del Derecho y, por lo que aquí más me interesa, en la codificación, a la segunda, contemplada desde la perspectiva de esta codificación, cada vez se le hace más difícil ocultar su frustración y el carácter frustrante de su utópico proyecto y de su fe en el progreso racional y en la posibilidad de encapsular en un instante de voluntarismo legislativo la realidad político-social dada y por venir.

1. SOBRE INTROMISIONES IUSFILOSÓFICAS EN UNA CONCEPCIÓN DOGMÁTICA

(3) Los Códigos que tratan de vertebrar la juridicidad de la mayoría de los Estados desarrollados se elaboraron como instrumentos positivos al servicio de la voluntad de un legislador mítico sostenido por un ideario fantástico que justificaría pretensiones "extraordinarias" alejadas del mundanal ruido de los intereses particulares y de la malla de relaciones de una sociedad cambiante y conflictiva. El Código estaría más allá de lo contingente, es lo necesario, el criterio regulador excelente que permanece aunque se cuestionen todas las piezas del Derecho. Y es que, con él, la arbitrariedad de la voluntad subjetiva del legislador se autotrasciende hasta alcanzar la racionalidad que legitima la iurisperita facultad para pedir y aplicar el Derecho.

Y, puede decirse mucho más; que la codificación vuelve al Derecho más comprensible, claro y accesible a los operadores jurídicos y a los ciudadanos, que lo unifica, que posibilita su articulación lógica y así su manejo, que facilita su reforma, etc.

Pues bien, lo que me interesa saber es, de un lado, si esos predicamentos son ciertos y aun defendibles. Y, de otro, si buscando respuestas es legítimo cuestionar iusfilosóficamente la racionalidad codificadora, como aquí se pretende, o si el empeño sólo puede alentar un criticismo ensimismado en categorías fantasmales sin anclaje ni operatividad práctica; ¿no debería reservarse el análisis de la codificación a la dogmática, a la comprobación de su posibilidad por los operadores prácticos, a su casación constitucional por el constitucionalista y a su descripción acrítica como fuente-producto del Derecho por el teórico del Derecho?

(4) Al respecto, tomaré el siguiente punto de partida: la dogmática del Código trascendió sus propios contenidos hasta engendrar una tradición ideológica de resistencia que consolidó una mística enclaustrante en una presunción fuerte de racionalidad. Y es que se elevó una pieza del Derecho, el Código, a elemento basal de la razón, justicia, seguridad y continuidad de ese Derecho. Por tal razón, la cuestión codificadora interesa y mucho a la visión conocedora (participante-interna) pero distanciada (desvinculada) que propone la crítica iusfilosófica. Y ya no por reclamar una función no-correspondiente, sino por la necesidad de segmentar críticamente —con un instrumental descreído de realimentaciones en tradiciones fundamentadas en el uso de la voluntad— los arquetipos codificadores, a fin de desenmarañar su presunta racionalidad en los filamentos de razón que aún puedan urdir sus mimbres, si es que algo queda de esa razón. Esta legitimidad iusfilosófica y el correspondiente interés crítico, a su vez, exigen indagar en los presupuestos racionales y las posibilidades racionalizadoras del modelo iuspositivo codificador en el marco neoconstitucional en el que estamos inmersos.

Pues bien, en este contexto, parto del siguiente planteamiento general. El Derecho no es sólo un orden de coacción, por mucho que la sociedad se engrane sobre la interpretación de su carácter coactivo —la norma no es un objeto o hecho discernible de otros porque pueda ser arrojado por el legislador a los operadores jurídicos para que sientan su fuerza coactiva—. Más bien, y/o también, el Derecho integra un sistema particular de comunicación que actúa en la sociedad reduciendo la complejidad de las situaciones. Por supuesto que el Derecho y las normas tienen que ver con los hechos evidenciándose su relación recíproca, pero también su diferencia, pues el verdadero

hecho del Derecho es la distinción hecho/norma[1]; lo jurídicamente válido y normativo no es lo que deba ser válido, sino lo que lo es en virtud de una interacción comunicacional que da sentido a una normatividad que se autodiferencia de los hechos mismos.

(5) A partir de aquí, lo que planteo es que el sistema comunicacional que dio sentido normativo a la codificación ha sufrido una transgresión de sus claves comunicacionales, lo que lleva a cuestionar la normatividad de un Código que se engrana en un metadiscurso legitimador que ya ha perdido buena parte de su credibilidad pragmática. ¿Por qué? Por la proliferación de la legislación especial atenta a intereses particulares, por la fuerza directa de la Constitución material, por la influencia del Derecho supranacional y comunitario; por el aumento de la discrecionalidad judicial; por el efecto cascada de la valoración que acompaña a los principios constitucionales, etc. En tal marco jurídico de comunicación el Código habría perdido su capacidad para cumplir la finalidad, que un día le diera sentido, de reducir la complejidad comunicacional del mundo de los hechos.

Por todo ello, me parece que lo que procede es procurar un alejamiento que garantice la suficiente abstracción respecto de la práctica de «cómo entienden y cómo manejan los juristas...» el Derecho codificado para descubrir qué es lo que se gana y se pierde con la codificación.

En concreto, la cuestión es si la codificación genera un modelo de comunicación normativo aun hoy suficientemente operativo y si es adecuado (perspectivas sociológica, crítica y valorativa) rehabilitar y adecuar sus claves normativas a las exigencias comunicacionales de la sociedad en relación con el subsistema jurídico, si debe considerarse un instrumento residual y reductivo referido a lo no regulado por el actual y expansivo sistema normativo o si, en realidad, habría que dejar de considerarla como un modo de expresión legislativo (García Cantero).

2. EL VIAJE CODIFICADOR POR LA LEGISLACIÓN

(6) La fundamentación y el carácter fundamental de la codificación se vinculan a su papel enaltecedor de la ley, instrumento esencial de constitución y actuación del Derecho.

El Estado moderno, en conjunción con su definición soberana, *suprema potestas*, se caracterizó como es bien sabido por el reclamo de centralización del poder, la sumisión a la voluntad de ese poder, esto es, a la ley, y la consagración de los presupuestos de la racionalización y secularización de la política y la legislación. Ahora «las leyes no se mantienen porque sean justas, sino porque son leyes. Es el fundamento místico de su autoridad[2]; no tienen otro fundamento y es bastante. Con frecuencia están hechas por necios» (Montaigne).

Sin embargo, enseguida se constata que una parte del planteamiento vale, pero otra no. Y esto impulsa la transformación del concepto moderno de Estado de los

[1] Al respecto y complementariamente, Luhmann, 2002: 87-88.

[2] «La mística de la ley, la mística de la ley en cuanto ley, (es) una herencia del absolutismo regio que la revolución del finales del Setecientos asume sin pestañear, intensificándola y endureciéndola» (Grossi, 2003: 32).

siglos XIV a XVII al concepto de Estado de Derecho liberal. Y es que la centralización del poder necesario para dotar de una significación homogénea y autoritativa a la ley encubre un fuerte elemento dictatorial —lo destacaron BENTHAM, TOCQUEVILLE, ACTON, RENAN,...— opuesto al germen individualista, humanista y de libertad desarrollado durante el Renacimiento.

(7) Sobre estas bases, sistematizaré el recorrido de la teoría legislativa que comprime el concepto moderno de la ley y que da sentido al proyecto codificador en tres sucesivas etapas.

La primera centrada en el Estado absoluto en el que el derecho de legislar depende sólo de la voluntad del soberano —lo sistematizaba ARNISAEUS en su teoría de los *iura majestatis.*

La segunda etapa se corresponde con el fortalecimiento y victoria de la filosofía política liberal que impugnó la fuerte tendencia dictatorial de una legislación voluntarista redefiniendo el par libertad-autoridad que, ya lo sabía HOBBES, concreta la experiencia política del hombre. Lo que se busca es la liberación de las leyes despóticas y de la creencia en que su sola proliferación, como pensara HEGEL, haría al individuo más libre. Esa liberación exigiría la protección legal de los derechos, libertades y garantías liberales y la institucionalización del modelo democrático-liberal. El proyecto codificador arranca en esta segunda etapa de la teoría de la legislación, prometiendo al ideario racionalista el instrumento jurídico positivo que dotase del más alto rango de racionalidad formal a la razón material ilustrada. Las leyes habrían de ser los átomos a estructurar en un cuerpo compacto de ordenación y de relaciones armónicas, y tal era el objetivo del Código —ofrecer un cierre positivo, perfecto, racional, sistemático, único, unitario, completo y armónico al Derecho [3]—. Sin embargo, las cosas no resultaron tan sencillas.

La tercera etapa de la teoría legislativa se inicia tras la II Guerra Mundial con la conversión del Estado de Derecho en Estado social. Este giro cambia el signo de la legislación en un esfuerzo por satisfacer las demandas generales y particulares de justicia y la especificidad de los intereses. Aunque también anima conflictivas consecuencias: inflación legislativa, fuertes oleadas principialistas amparadas en el marco neoconstitucional, crisis de la seguridad jurídica y quiebra (¿definitiva?) del orden racional y racionalizador del Derecho. Es en este marco en el que la codificación parece haber perdido ya gran parte de su sentido, virtud y funcionalidad.

3. CONSISTENCIA DEL VIEJO PROYECTO CODIFICADOR

3.1. (8) La razón, la ideología y la técnica de la codificación

El proyecto codificador napoleónico constituye la primera codificación moderna al responder a las exigencias ilustradas de un ideal racional [4] que impone «un cambio

[3] Complementariamente, DE LOS MOZOS, 2001: 2, DE LOS MOZOS, 1988: 637 y ss.

[4] Que concretaría, bajo inspiración de un KANT, que seguía a LEIBNIZ y DESCARTES, que la racionalidad consiste en «completar... la conexión sistemática mediante el ascenso a los géneros superiores y el descenso a

en el modo de formalización del Derecho» (MONTILLA 1987: 547) conformado a los principios racionales de sistematización, completud, estatalidad, soberanía legislativa codificada, perfecta delimitación del sistema de fuentes y ruptura con un pasado —el del antiguo y arbitrario *droit coutumier*— que Napoleón I repudiaba. Ya no se trataría de recopilar o reformular el Derecho existente, sino de planificar la sociedad con nuevas ordenaciones sistemáticas y creadoras[5] —aunque en muchos casos no se alteró materialmente en lo sustancial el Derecho previo a la codificación[6]—. Así, el proyecto codificador se enfrente al caos político-jurídico del Antiguo Régimen elevando un sistema nomológico perfecto garante de la sencillez, la coherencia, la plenitud, la unidad y, por tanto, de la seguridad y libertad al ciudadano al liberarle de los fueros, servidumbres, limitaciones, prejuicios... que le acompañaron en el Antiguo Régimen (CONSTANT).

Sin embargo, la plasmación positiva codificada de tan altos ideales impuso ciertos ajustes tendenciosos. Porque aunque formalmente apelaba al proyecto liberal triunfante y al conjunto de contenidos constitucionales de lo que después se denominará Estado de Derecho, lo que positivizó fue: 1) una separación de poderes más conforme a la influencia rousseauniana que a la de MONTESQUIEU que condujo a la supremacía de la ley y a la omnipotencia del legislador frente a cualquier posibilidad de control constitucional o judicial (y supresión del *ius vetum*), al representar el legislador la soberanía popular conforme a un modelo democrático —doctrinalmente titubeante y que al final, materialmente, impuso un criterio censitario (varón propietario)—; 2) un ejecutivo administrativamente centralizado; 3) un poder judicial ya independiente del ejecutivo pero servilmente subordinado al legicentrismo imperante.

A esto debe añadirse que, en realidad, positiva y materialmente, la codificación sirvió a la pretensión de la nueva clase burguesa —fracturar la propiedad nobiliaria y la base material del poder aristocrático— para garantizar la seguridad en el desarrollo de su actividad y de su propiedad, margen privado inatacable de cada individuo (LOCKE). Por eso la institución de la propiedad se codificó en términos muy amplios, libre de cargas y sometida a unas limitaciones legales que debían interpretarse restrictivamente. Esto ayuda a entender por qué la libertad del pueblo se codifica como la libertad para contratar y ser contratado (libertad para el "acuerdo de voluntades") y para ser titular de patrimonio, y por qué la propiedad, factor esencial de la actividad económica, se convierte en el eje del sistema jurídico y de las relaciones contractuales y hereditarias. El problema fue que la protección codificadora del modelo capitalista propietario llevó a limitar materialmente los derechos de la mayor parte de la sociedad[7].

---

las especies inferiores»; sistematizar el conocimiento es ponerlo en «su interconexión a partir de un solo principio» —al respecto y complementariamente, HORKHEIMER, ADORNO, 1994: 129 y ss.

[5] Al respecto, WIEACKER, 1957: 292-293.

[6] Complementariamente, DE LOS MOZOS, 1988: 666-667, y VARGAS MUÑOZ, 2003: 762-763.

[7] El sueño de la Convención de una codificación impulsada por la colaboración de juristas y filósofos se disuelve con la presión de la realidad. Tras los tres proyectos de codificación rechazados de Cambacérès (1793, 1794, 1796) ya no gobiernan los jacobinos (anhelantes de un Código de principios filosóficos) y se impone una tendencia crecientemente conservadora que revisa toda la legislación dictada por la Convención Nacional. Sólo cuando se instaura el gobierno fuerte de Napoleón se posibilita la codificación desarrollada fundamentalmente por juristas.

Por otra parte, tampoco debe olvidarse la ideología política centralista y nacionalista propia a la pretensión codificadora de acabar con la diversidad jurídica. De tal modo que, so excusa de suprimir la dispersión[8], se anuló toda diferencia político-territorial contraria a la centralidad del Estado[9].

La centralización y exaltación de la ley que todo este proyecto codificador impulsa demostró su vigorosa fuerza centrífuga y centrípeta exhibiendo sus alianzas técnico-formales con un modelo legislativo[10] que cerraba materialmente la presunción de racionalidad legislativa.

La fuerza centrífuga o excluyente de la conversión de la ley en el pivote esencial de creación y desarrollo del Derecho determinó, de un lado, que en la Europa continental las Constituciones liberales se consideraran textos programáticos a los que el legislador formalmente democrático y así presuntamente racional, consecuentemente, no debía ninguna pleitesía. Y, de otro lado, que se limitase al extremo la relevancia de la costumbre[11], «regla inconveniente e ilegítima por la que sólo deben gobernarse los animales» (BENTHAM).

Pero no importaba sólo limitar y excluir sino también incluir y afirmar normativamente las condiciones técnicas necesarias para la exaltación de la racionalidad legislativa. Así, se apuntala el ideal legicéntrico codificador proyectando que[12]: 1) el Derecho, todo el Derecho y el único Derecho, es el Derecho positivizado en la codificación—; 2) la codificación no expresa un sumatorio de normas, sino un modelo de racionalización, organización y ordenación perfecta que no precisa, ni consiente, el recurso a ninguna fuente ajena al Código. Para alcanzar el modelo racional exclusivo y excluyente del Código, las normas jurídicas, las leyes que materializa deben ser; 3) generales y abstractas; 4) claras y precisas; 5) sencillas, permanentes y comprensibles; 6) racionales, es decir, formalmente adaptadas a la lógica en sus distintas manifestaciones; 7) exhaustivas, porque deben regular todas las manifestaciones de la realidad sin que nada quede fuera de su alcance; 8) como consecuencia sistémico racional, se concreta exegéticamente la absoluta dependencia de la jurisdicción al modelo legislativo codificado, de tal forma que el Derecho de los juristas, el *ius commune*, y la creación jurisprudencial de la *interpretatio doctorum* se rinden sin concesiones al poder de la ley.

---

[8] El *ancien droit* francés que precede a la Revolución se caracterizaba por su diversidad. Dividida Francia en las dos grandes demarcaciones del norte —en la que regían las *coutumes* influencias por el Derecho germánico— y el sur —en la que aplicaba como *droit écrit* principalmente el Derecho romano aunque también las costumbres—, se constataba una diversidad y un tratamiento no igualitario que fomentaba la inseguridad jurídica ya impugnada por distintas voces prerrevolucionarias. De hecho las Ordenanzas de D'Aguesseau reglamentan de forma unitaria amplias instituciones civiles y sus disposiciones en parte pasaron al Código Civil de 1804.

[9] Así, se suprimirían las particularidades locales —y en España el modelo foral— «para coadyuvar al dogma del Estado como pieza clave de la organización política» (HERNÁNDEZ GIL) propiciando la idea del Estado nacional (basado en una misma lengua, las mismas instituciones y el mismo Derecho en toda la nación).

[10] Se construye al "legislador" como un sujeto codificador trascendental «que, en lugar de ser aquel de carne y hueso con su voluntad, se ideó como un ente abstracto dotado de una razón que va del legislador concreto al "legislador bueno"» (TARELLO, 1995: 46).

[11] Complementariamente, ALEJANDRE GARCÍA, 1980: 135 y ss.

[12] Véase, complementariamente, CAZORLA PRIETO, 1999: 28-29.

3.2. (9) La teoría del Derecho y la codificación

La victoria positiva y expansiva de la codificación decimonónica marca el signo legalista, legiferante y dogmático de los siglos XIX y XX.

Ya al desnudo la dimensión voluntarista de la legislación, la racionalidad superviviente del Derecho fue urdida por el proyecto codificador: había que sistematizar conforme a claves de autoenclaustramiento. Por eso, conocer el Derecho y manejarlo mejor pasó a significar elaborar una descripción objetiva de su realidad voluntarista positiva[13]; empresa esta en la que se embarcaron la dogmática y la teoría general del Derecho (TGD) del siglo XIX y primera mitad del XX[14] para rubricar, bajo la influencia de los positivismos filosófico y científico, la perfección nomológica de la estructura lógico-deductiva y geométrica en que se convierte la legislación.

La racionalidad científica con que se quiso definir el Derecho se autodelimitó por contraste con la irracionalidad política y axiológica, lo que ratifica la reducción de la ley a mera voluntad y consagra la racionalidad formal, positiva, científica y lógica como único modelo de teorización y descripción del Derecho. De este modo, el legicentrismo que exaltaba el ideal práctico codificador y el análisis teórico del Derecho (no práctico, ni hipotético) centrado en la descripción de la legislación omniscente, omnipotente y positiva, encajaron perfectamente en su afán de seguridad, objetividad y rigor del conocimiento científico[15].

Por ello, y como epistemológicamente la TGD radicaliza su pretensión de pureza metodológica en torno a las condiciones de corrección y sistematicidad al margen de otras vías o caminos improbables, se convirtió en la fundamentación teórica perfecta de una codificación que, a la par, le ofrecía el presupuesto positivo más perfecto a su esfuerzo especulativo[16].

Sin embargo, desde mediados del siglo XX, el planteamiento cientifista que se colgaba del árbol de la razón nomológica es zarandeado por múltiples ráfagas críticas[17]: la fe en el proceso lógico-deductivo y subsuntivo demostró su exceso y error y su tendencia a enmascarar, en la forma y la lógica, la ilógica y la arbitrariedad judicial, mientras que la especulación propia de la TGD da cuenta de sus contradicciones y defectos y de los efectos político-jurídicos de su ideología valorativa de la certeza y la neutralidad descriptiva. En este marco especulativo, hasta entonces pertrechado frente

---

[13] En este sentido y complementariamente, MARCILLA CÓRDOBA, 2005: 113 y ss.

[14] Atiéndase a IHERING, 1961: 237.

[15] Así, «(e)l positivismo jurídico emprendió el camino de la logicización (*Logisierung*) de la teoría jurídica del Estado... mediante la formación de conceptos antitéticos cuya contraposición lógica permitirá resolver... cuestiones fundamentales sin recurrir a valoraciones» (LUCAS VERDÚ, 1987: 209).

[16] En este mismo sentido, PREUSS, 1986: 158.

[17] Diría que como una culminación de las críticas que desde el siglo XIX fortalecen las corrientes antiformalistas; una «revuelta contra el formalismo jurídico» (WHITE) que acusa la irracionalidad legal reclamando, a la par, el papel creciente de la jurisdicción como renuncia al silogismo propio al voluntarismo legislativo. El segundo IHERING —representativamente con las *Cartas sobre la jurisprudencia actual*»—, HECK —que destaca la incapacidad e imposibilidad legislativa y de la legislación (al respecto, HECK, 1999: 30)—, GÉNY —enfrentado al «fetichismo de la ley y escrita y codificada» (GÉNY, 2000: 53)—, DUGUIT —con *El Pragmatismo Jurídico*—, los defensores del Derecho libre, representativamente KANTOROWICZ —con «La lucha por la ciencia del Derecho»—, luego el realismo y su concepción incendiariamente indiciaria de la ley, la tópica, la hermenéutica, las teoría de la argumentación..., son representativos al respecto.

a toda concepción político-valorativa, la brecha pragmática que se abre en el nivel de la jurisdicción se irá extendiendo, animada por la vieja "cuestión social" y la praxis del nuevo Estado social neoconstitucional y su amplia panoplia de derechos y principios, hasta alcanzar el dominio de la teorización positivista. Así, a partir de la segunda mitad del siglo XX se objeta generalizadamente la pretenciosidad e incapacidad cientifista de la TGD y la Metodología del Derecho y comienza a teorizarse sobre una profunda crisis de la ley, del Derecho, del legislador, de la Constitución, etc., que alerta de que el Derecho ya habría pasado a actuar al margen de los criterios de legalidad presupuestos.

3.3. (10) La teoría de la legislación y el Código

Lo anterior ayuda a entender por qué la teoría de la legislación moderna "desaparece" con la iuspositivización decimonónica y la eclosión de la TGD. Pero, también, que reaparezca en el último tercio del siglo XX —y tenga por "pionera" la obra de NOLL (*Gesetzgebungslehre*) de 1973— cuando la praxis político-jurídica posibilita un análisis más amplio, ambicioso y pragmático que introduce perspectivas crítico-normativas y valorativas respecto de la legislación:

Tras la victoria de la concepción política liberal el interés por la ley se acrecentó —segunda etapa de la teoría de la legislación— frente al análisis de la teoría del Estado moderno y absolutista. Y es que la ley pasó a contemplarse como un instrumento fundamental al servicio de la igualdad, la libertad y el derrocamiento del Antiguo Régimen. Precisamente por eso se pueden recontar en MONTESQUIEU (y *El Espíritu de las Leyes*), en FILANGIERI (y *La Ciencia de la Legislación*), en BENTHAM (y su *Tratado de Legislación Civil y Penal,* su *Falacias Políticas, Tácticas Políticas* y su *Nomografía*) o en AUSTIN (en su *Province of Jurisprudence Determinated*)[18] los prolegómenos de la teoría de la legislación.

Sin embargo, la realidad teórica y práctica iuspositivista de los siglos XIX y XX no tardó en mostrar su escasa fidelidad al ideario político que le diera sentido, y conso-

[18] BENTHAM y AUSTIN son claros partidarios de realizar una apropiada codificación, especialmente en un país en el que impera un sistema de *common Law* que abre un amplio margen de discrecionalidad y decisionismo judicial. BENTHAM enfrenta una fuerte crítica al sistema de *common Law* inglés por su absoluta asistematicidad y carencia de una línea uniforme de desarrollo legislativo —e imposibilidad de ello— al estar en manos de la formulación judicial. Incluso llegó a proyectar una especie de Digesto de Derecho inglés que incorporaría sistemáticamente reglas constituyentes y principios fundamentales de su Derecho. Finalmente, proyecta una reforma radical del Derecho a través de una completa codificación. Y AUSTIN califica el Derecho judicializado inglés de «caos monstruoso» que debe ser sustituido por una forma superior de entenderlo, dotada de estructura y de sistematicidad, esto es, de una codificación que representa, para AUSTIN, la última fase del desarrollo histórico del Derecho en la sociedad.

En el ámbito alemán el panorama se enturbia con la tensión entre el historicismo y las pretensiones codificadoras. Entre las muchas agitaciones provocadas en Alemania por la ocupación napoleónica, se produjo también un movimiento favorable a un Derecho único y codificado para toda Alemania (extendiendo la aplicación del Código de Napoleón o redactando otro sobre el modelo), con el fin de eliminar las dificultades que la pluralidad y el fraccionamiento del Derecho causaban en la práctica jurídica. Propósito que suscitó la oposición conservadora, defensora de las características nacionales alemanas —lo representa bien la dialéctica SAVIGNY-THIBAUT—, aunque mucho de lo que se defendía eran los privilegios previamente adquiridos que una legislación como la francesa amenazaría. Como resultado, Alemania eludió el proceso codificador hasta principios del siglo XX, aunque se animó la conceptualización por la "Jurisprudencia de conceptos" como desarrollo del proyecto científico de SAVIGNY.

lidó una iuspositividad cerrada sobre sí misma y sobre un dogma de "imperio legal" ajeno a pretensiones de corrección material y política. Todo el planteamiento se centró en torno a un ideal codificador de proyección atractivo-expansiva en todo el orbe jurídico-político y aliado a una TGD irrecusablemente descriptiva si no fuera porque su cerrazón objetivista se acompañaba de la renuncia, so pena de irracionalidad, a toda cuestión política, material, de corrección y coherencia valorativa. Por eso, aunque la teoría al describir no apoyaba ninguna ideología explícitamente, sí que limitó las posibilidades de conocimiento y corrección de la ley. Pues, si no se puede saber qué es una "buena" ley, porque todo lo que se diga que se sepa es falso, no cabe hablar de "malas leyes", por lo que cualquier teoría de la legislación constituye una fuente de permanente sospecha. La ley válida se perfecciona por condiciones procedimentales. Por eso, ni interesa ni cabe una teoría de la legislación, pues todo el terreno es ocupado por la teoría del derecho y el espacio colindante minado por ésta en su huída de la oscuridad metafísica.

Así las cosas, sólo cuando entra en crisis el modelo iuspositivo práctico y de conocimiento del Derecho [19] y se institucionaliza el Estado social y el marco material neoconstitucional, la teoría y la técnica de la legislación renuevan sus fuerzas racionales inaugurándose lo que antes proponía como tercera etapa de la teoría de la legislación.

4. EL RIVAL POSTMODERNO (O DEL SUMATORIO DE LOS VIEJOS Y NUEVOS PROBLEMAS DEL CÓDIGO): TIEMPO DE DESCODIFICACIÓN E IMPOSIBLE ACHIQUE DEL DESBORDAMIENTO DE FUENTES

(11) La realidad material y el desarrollo sociopolítico demostraron que las necesidades, intereses y aspiraciones de la sociedad política superaban y daban al traste con el ideal codificador diseñado para homogeneizar el modelo de ordenación y protección estatal. De tal suerte que la transformación material del Estado de Derecho liberal en Estado social vuelve injustificables los criterios propietarios, excluyentes y centralistas, a la par que se produce un desbordamiento (cuantitativo y cualitativo) normativo como consecuencia del interés legislativo por atender a las múltiples expectativas vinculadas a distintos centros de interés.

En este contexto, y por la eficacia del binomio teoría/práctica, la práctica se antepone a la racionalización teórica imposibilitando la sistematización que trata de encauzarla; la praxis, así, se desboca, lo que conduce al espíritu científico del Código a un difícil vericueto: por su incapacidad para definir y cerrar sistémicamente el cuerpo de un Derecho que ya se ha desbordado sistemáticamente; por la transformación de los parámetros de racionalidad socialmente operativos; por su falta de recursos para alcanzar los objetivos de los nuevos modelos de Estado; y, además, por su tendencia a legitimar el voluntarismo legislativo como fuente de racionalidad elevada a su máxima expresión, la ciencia objetiva y predictiva.

---

[19] Así, se puede decir que «la técnica legislativa surge de la necesidad de dar una respuesta práctica a la crisis, y la teoría de la legislación de la necesidad de encontrar una explicación teórica del fenómeno» (ATIENZA, 1997: 25).

Al final parece que el proyecto racionalizador codificador —de un legislador embriagado del espíritu científico que organizaba todo el orden social a través de leyes y fórmulas mágicas y de una aplicación judicial verdadera articulada lógicamente— mintió en lo fundamental. Porque respondería a un planteamiento político que, bajo las excusa de certeza, plenitud, simplicidad, abstracción, homogeneización normativa y universalización de las soluciones jurídicas[20], no garantizaba la seguridad en la igualdad para el disfrute de los derechos. Porque fomentaba un nuevo clasismo alentado por el derecho de propiedad. Porque somete a la mujer al marido, que es quien se encarga de la actividad económica, negocios jurídicos, de representar a la esposa, de administrar y usufructuar los bienes de ésta y de decidir sobre su persona. Y porque instrumentó «la "amputación del cuerpo del derecho"..., la aniquilación efectiva de muchos sectores jurídicos a favor de uno sólo» (ÁLVAREZ ALONSO, 2003: 6).

(12) La consecuencia de esta caída racional es la huida de la codificación en una ida a un «proceso de consolidación y nacimiento de los micro-sistemas» (IRTI, 1992: 30) que expresan las múltiples racionalidades operativas en una dinámica cambiante del sistema político-social. Con ello se trata de dar respuesta a una comprensión actualizada del concepto de individualidad, interés y Estado que opone la codificación a la proliferación real de la legislación especial[21].

Lo que la actual «edad de la descodificación» (IRTI) descubre es la falta de racionalidad nomológica codificadora: su concepción de la ley es rebasada en todos sus aspectos y, ahora, lo que proclama el principio de división de poderes es el control judicial de la legislación, el condicionamiento sustantivo de la validez[22], la ampliación de la potestad legislativa del ejecutivo, la disgregación de fuentes internas y externas que actúan sobre el Derecho nacional, etc.

Así las cosas, la crítica postmoderna objeta a la codificación moderna y liberal[23]: 1) el permanente cambio de la estructura social estatal y extra-estatal —alimentados incesantemente por la economía y la tecnología— que mina su relación con el ámbito jurídico y «la ilusión social de la integración del desorden en el orden» (CARRION-WARM); 2) el debilitamiento jurídico de las fronteras racionales; 3) el enfrentamiento de la codificación formal a la codificación constitucional material y de principios. Por todo ello, destaca el crítico, ha llegado ya el momento de dar fe pública de la caída del modelo codificador, pues la dinámica y cambiante realidad político-social ya no se deja someter a quijotescas empresas de enclaustramiento en las rígidas fórmulas generales codificadoras ajenas a las posibilidades de ajusticiamiento constitucional y judicial.

Pero si el nuevo proyecto en el que está embarcado el Derecho —la vinculación Estado-sociedad, creciente intervencionismo del Estado y de su función económico-normadora, alteración del sistema de fuentes, la impronta neoconstitucional y el aumento de la discreción valorativa que imprime...— rebasa las posibilidades de las

---

[20] En similar sentido, VARGA, 1978: 30 y ss.

[21] «Las normas especiales, si por un lado constituyen el factor dinámico del ordenamiento, por otro parecen amenazar o comprometer la unidad..., infringen los esquemas de la generalidad, introducen criterios fluidos e inestables. Cuanto más penetran y se extienden, tanto más parece perdida la unidad» (IRTI, 1992: 59).

[22] Al respecto, FERRAJOLI, 2004: 33-34; tmb., *idem,* 2001: 43 y ss.

[23] Complementariamente, GROSSI, 2003: 88-90.

leyes codificadas, únicas, claras y generales, lo peor aún llega al percatarnos de que una solución irreflexiva y proclive a la proliferación millonaria de leyes incomprensibles, carentes de generalidad y abstracción, de orígenes distintos al legislador tradicional, que conducen a confundir los tres poderes, al judicialismo, el ejecutivismo, etc., socava todas las condiciones que deberían limitar y orientar la legislación. Pues, si el descontrol del legislador es un riesgo efectivo para los derechos individuales, el problema no se resuelve en el Estado social sobredimensionando la legislación particular, el ajusticiamiento discrecional, el proceso paralelo de la contractualización del Estado[24], las regulaciones acordadas que eviten el conflicto (se evidencia en el marco laboral) y las reglamentaciones administrativas ajustadas a criterios, entre tecnocráticos y discrecionales, carentes de un sistema de organización racional[25].

5. NEOCODIFICACIÓN Y ARGUMENTACIÓN (O DE LA IMPOSIBLE DESCODIFICACIÓN POSTCODIFICADORA): ¿ES NECESARIA Y POSIBLE LA NEOCODIFICACIÓN?

(13) El esfuerzo legislativo estatal de los 50 y ss. por adaptarse e intervenir en una sociedad crecientemente plural y segmentada por múltiples focos de interés se une al fenómeno de la globalización económica a partir de los 70 y ss. Ahora ya no basta con garantizar el orden social, sino que las exigencias de una soberanía popular materializada exigen atender al orden del desorden de las expectativas e intereses en conflicto. Por eso se ha multiplicado en volumen y tipología la legislación... hasta el desbordamiento, por satisfacer, aunque sea de forma sucesivamente contradictoria, las demandas del consumidor/votante satisfecho.

En este contexto, repensar la codificación, racional, sistémica, unitaria, estable, general, parlamentaria, etc., es problemático en sentido fundamentador, porque la fundamentación está más del lado del discurso, el consenso, la transacción y la pluralidad que tanto escasean en el programa codificador. Pero además, parece ya imposible en el nivel práctico.

Y es que lo que hoy preocupa y se cuestiona ya no es tanto el acto de voluntad soberano que antaño centrara la discusión doctrinal, sino más bien cómo definir y remodelar los aspectos centrales de la simplificación, racionalización y justificación prometidas por la concepción político-liberal para encauzarlos a la soberanía socializada del Derecho. En particular, la crisis codificadora deja al desnudo la definición del "iura novit curia": qué pretende, qué abarca, qué límites tiene; cómo se garantiza

---

[24] Al respecto, IRTI, 1992: 30-33.

[25] Así: «(l)a multiplicación de las leyes jurídicas... hace que el ciudadano que, para poder observarlas debería conocerlas, ya no tiene la posibilidad de conocerlas. La publicación de éstas, como condición de su imperatividad, ha cambiado de carácter, de ser una presunción se ha convertido en una ficción. El hombre de la calle está desorientado en el fango de la ley... Cuanto más crece el número de leyes jurídicas más disminuye la posibilidad de que sean formuladas de forma adecuada y ponderada... La función legislativa desborda ahora del álveo en el que debería contenerse según los principios constitucionales... Por otra parte, la creciente velocidad de la vida social repercute necesariamente sobre la vida de la ley... las leyes ya no consiguen llegar a viejas» (CARNELUTTI, 1953b: 280, tmb. pp. 276 y ss., en particular p. 290, *idem,* 1953a, 66 y ss., *idem,* 1953c: 153 y ss.).

la razonabilidad del principio «la ignorancia del Derecho no excusa de su cumplimiento»; qué aporta realmente la exigencia de publicidad de las leyes, para quién es público e inteligible el mare mágnum legislativo y sus múltiples interpretaciones constitucionales; cuáles son los criterios de interpretación; cómo se garantiza la coherencia y la plenitud sistémica en caso de antinomias intra e internormativas y de no regulación específica; de qué nos hace estar seguros la seguridad jurídica, etc.

(14) Al respecto, partiré del siguiente planteamiento: la comunicación que da existencia al subsistema social del sistema jurídico responde a la traducción de los distintos factores de controversia al sistema jurídico significativo y a la pretensión de reducción de complejidad a la que se orienta el Derecho, por lo que existiría una especie de "lógica interna" en la autoordenación y reordenación permanente de ese Derecho. Lo que importa de los sistemas de comunicación es que funcionen, que reduzcan la complejidad significativa y de expectativas en la ordenación de relaciones. Y el Derecho funciona al ser capaz de clasificar el Derecho frente al no-Derecho y al otorgar significación jurídica a ciertas acciones de comunicación, al margen del sistema moral, político, religioso, etc.

Ahora bien, dicho esto, hay que reconocer que la comunicación que da sentido, crea y sostiene al sistema jurídico está muy relacionada con el sistema político y que, internamente, es constantemente segmentada por la interpretación teórica de la *praxis* jurídica, política y social. Así, lo que el sistema de Derecho comunica en orden a reducir la complejidad de la praxis se redefine permanentemente por comprensiones teóricas que están íntimamente vinculadas a, y afectadas por, las tensiones, condiciones, interpretaciones y comunicaciones de otros subsistemas sociales (moral, religioso, económico, etc.) y en una forma destacada, y no sólo espontánea, por el sistema político aunque sea conformándose a las claves de éste.

Como actualmente la ley no funciona como se pretendía, ni se entiende en su dimensión estrictamente voluntarista, sino que se adorna de una red de consideraciones políticas y de fundamentación, resulta que la reducción de complejidad político-social que opera el Derecho cede en favor de una concepción sustantiva. Dicho en términos genealógicos (FOUCAULT), la ley fue construida a favor de una concepción del poder centralizado que reconducía el nudo de conflictos sociales y de poder al único conflicto de la soberanía de un Derecho unificado, en su máxima expresión codificado. Pero esa genealogía de la centralidad es hoy presionada por el tejido reticular que conforma la sociedad hasta diluirse la unicidad en la complejidad. El Derecho ha respondido dispersándose, para responder a una arqueología de la sociedad en conflicto segmentada por intereses y poderes varios, buscando una fundamentación teórica político-valorativa que encauce el desarrollo del discurso práctico del Derecho.

Esto significa que el Derecho anda tras criterios racionales que superan el marco de codificación formal jurídico/no-jurídico para redefinirlo. El esfuerzo de redefinición jurídica surge cuando las consideraciones fundamentadoras y político-sociológicas rebasan el marco codificador de simplificación jurídica codificador. La nueva realidad precisa para reducir su complejidad y ganar en racionalización jurídica una teoría legislativa que habilite una adecuada técnica de juridificación y resuelva la obstrucción codificadora. Para ello hay que conectar los criterios de fundamentación del orden

político, la democracia y el Estado de Derecho, con la articulación positiva de los derechos y la seguridad jurídica y con los recursos constitucionales, legislativos, ejecutivos y judiciales.

(15) El papel de la codificación en este proceso depende de su intimación consustancial con la Constitución, de su función constitucional[26]. Por eso, lo que la actualidad exige es segmentar el proyecto codificador conforme al modelo neoconstitucional. Esto es, superada la consideración programática de las Constituciones materiales —para la que «el Código encarnó la auténtica Constitución del Estado burgués» (GROSSI, 2003: 90)— por su definición normativa y legislativamente vinculante[27], ampliado el elenco de los derechos protegidos constitucionalmente a los derechos sociales y sometido el legislador al control constitucional material de su actuación, la articulación y funcionalización de la codificación debe reorientarse al servicio de las nuevas exigencias constitucionales[28] y que refuerzan la definición liberal del Estado democrático de Derecho[29] a garantizarse las condiciones de producción y la accesibilidad a las normas y la seguridad jurídica frente a los picos que caracterizan la crisis de la legislación (hiperregulación, mala calidad de las leyes, dispersión, alteración del sistema de fuentes, discrecionalidad principialista)[30]. En concreto, la actualización neoconstitucional de la codificación estaría al servicio de los principios de legalidad, separación de poderes, interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica, pero en un marco socialdemocrático y de interconexión Estado-sociedad que exige una fundamentación discursiva orientada a la dinámica cambiante del consenso.

(16) Por ello importa siquiera recordar el vínculo seguridad jurídica-codificación.

La seguridad jurídica no adquiere su condición de valor jurídico fundamental por la trascendencia que le otorgan "los" iuspositivistas, sino que más bien, en el mismo sentido pero en dirección contraria, se vincula a los presupuestos de la definición política liberal del Estado de Derecho y se radicaliza en sus exigencias con la conversión de éste en Estado social. Si el Derecho es hecho por el pueblo y para el pueblo para constituir y preservar sus derechos, libertades y garantías, entonces el Derecho debe poder ser conocido y sus aplicaciones prácticas deben ser razonablemente previsibles. Y esto al menos exige una racionalización y una sistematización coherente, clara, inteligible, liberada de contradicciones irresolubles, con una técnica legislativa adecuada y pragmáticamente conectada con la realidad a la que se refiere.

Por eso una codificación adecuada coadyuvaría de forma esencial a la consecución de la seguridad jurídica. Por eso, nuestro TC en distintas ocasiones ha destacado

---

[26] Véase TARELLO, 1976: 22 y ss.; complementariamente, DE LOS MOZOS, 2001: 3.

[27] Por eso, «difícilmente se podrá repetir que *autorictas non veritas facit legem*» (LA TORRE, 1993: 73). Pues, aunque la ley sigue siendo expresión de una autoridad, ésta ya no queda sólo abandonada a la voluntad, sino que la autoridad legislativa es «una autoridad sometida a la verdad, siquiera sea una peculiar "verdad" normativa» (PRIETO SANCHÍS, 1999: 35) dado el efecto rematerializador y vinculante del constitucionalismo contemporáneo.

[28] Porque «la ley es definida a través, y subordinada a, criterios sustantivos cuya formulación explícita es sancionada por la Constitución» (LA TORRE, 1994: 652).

[29] Al respecto, CAZORLA PRIETO, 1999: 50 y ss.

[30] Veánse, p. ej., informes de 1991 y 1992 del Consejo de Estado francés; complementariamente, BRAIBANT, 1999: 91 y ss.

la interconexión entre ambas[31]. Y, por eso, el argumento de la seguridad jurídica, como valor esencial de los escenarios constitucional y neoconstitucional, reclama un nuevo proyecto codificador que no puede ser ya el decimonónico, pero que debe garantizar una posibilidad de conocimiento y control del Derecho que garantice la previsibilidad de la praxis jurídica, facilitando que el Derecho reduzca la complejidad en favor de la protección de los derechos, libertades y garantías liberales.

(17) Pero que la codificación sea necesaria y justificable no aclara cómo debería ser su articulación posible en el marco teórico y práctico del Estado de Derecho neoconstitucional.

Pues bien, la propuesta es reconstruir una codificación atenta a la realidad dinámica del Derecho y a una comprensión dispersa del mismo que se posibilite y además se justifique por atender a sus múltiples centros constitutivos de significación.

Esto obliga a alterar el ideal ilustrado manteniendo su aspiración racionalizadora y sistematizadora pero renunciando a una codificación cerrada y definitiva, tal como exige una fundamentación discursiva y el criterio "procesal"[32] de interpretación constitucional, el más acorde con la justificación racional de la Constitución y con las exigencias de la legislación al fomentar la apertura y representatividad de los cauces democráticos. En concreto, es necesario:

En primer lugar, que la codificación permanezca abierta enfrentándose a un permanente proceso de reelaboración a (del) Derecho constante conformado a la realidad político social (así se está intentando, enfrentándose a las dificultades que van apareciendo, en EE.UU., en Francia, en parte en Alemania, y también en Inglaterra, p. ej., con las *Consolidation Acts*).

Segundo, que se atienda a la teoría de la legislación para centrar la definición del legislador democrático y adecuar el proceso de elaboración de las leyes a las exigencias de participación y satisfacción de expectativas del Estado social de Derecho para hacerlo realidad.

En tercer lugar, que se redefina la función judicial ahora que sabemos que el silogismo es imposible y también que la estricta reconducción de la jurisdicción a la ley fortalece la idea del soberano que decide unilateralmente cerrando un sistema lógico del que se cree poder obtener consecuencias *ex principiis derivationes*[33]. Por eso, volver

---

[31] P. ej., cuando define (STC 27/1981, 20 de julio) la seguridad jurídica como suma de todas las condiciones del art. 9.3 CE destacando la relación de la seguridad jurídica con la certeza, jerarquía y publicidad normativa, ideales propios el proyecto codificador. Posteriormente, el TC rehúsa incluir ciertas materias en la Ley de Presupuestos Generales del Estado «por afectar al principio de seguridad jurídica debido a la incertidumbre que una regulación de este tipo originaría» (STC 76/1992, 14 de mayo; fdto. jdco. 4.º); este vínculo entre seguridad jurídica y certidumbre reenvía a la codificación, pues ésta «tanto en el plano ideológico o material como en el formal, con todas las técnicas jurídicas acuñadas a tal efecto, pregona y busca sin cesar la certidumbre en las situaciones y relaciones jurídicas» (CAZORLA PRIETO, 1999: 57). A esto debe añadirse la función de interdicción de arbitrariedad que puede cumplir el proyecto codificador, algo que nuestro TC reconoce al objetar las afirmaciones antinómicas en el ordenamiento.

[32] Frente a las interpretaciones "originalista", fiel a la intención del autor de la Constitución, "interpretacionista" o de adhesión a los valores culturales de la sociedad en cuestión y deconstructiva (atiéndase a BURT, 1995: 1-3).

[33] Pues hoy «(n)i todo lo que hace el juez es fácilmente reductible a la noción abstracta de sentencia judicial, ni todo lo que hace el legislador es fácilmente reductible a la noción abstracta de norma general y de duración indefinida con la que se quiere identificar la ley» (RUBIO LLORENTE, 1990: 105).

a codificar exige prestar atención al valor de la *iuris prudentia,* como instrumento práctico de creación del Derecho, de consolidación de los criterios interpretativos y argumentativos y de vigorización de la seguridad jurídica. Tal planteamiento fortalece la idea, bien conocida en el ámbito del *common Law*[34], de que el Derecho se integra dialécticamente en un proceso que se solventa en un sentido importante en el ámbito judicial constituyendo un sistema siempre imperfecto y abierto[35] —pues la aplicación de las normas es un tramo más de constitución y regulación normativa que contribuye a fijar su pragmática operativa dinámicamente—. A estos efectos, una integración crítica de las líneas interpretativas jurisprudenciales en un cuerpo legal codificado tanto serviría para dar sentido práctico a la ley, cuanto exigiría y contribuiría a una codificación dinámica y a tiempo real —aunque sea ultimada y ratificada por el legislador democrático—[36].

Y, además, cuarto, la neocodificación dinámica reclama fomentar la participación efectiva de los representantes de los grupos de interés público y privado afectados por las normas y de las diversas instituciones que segmentan y encauzan la comunicación jurídica en los distintos ámbitos materiales, para garantizar la viabilidad discursiva, otorgando verdadero sentido material al modelo neoconstitucional y contribuyéndose, así, a la actualización pragmática de los compendios normativos que explicitan y racionalizan la voluntad legislativa.

(18) Lo difícil es "realizar" este reclamo complejo de racionalización y sistematización legislativa a tiempo constante y que desplaza el centro legicéntrico de la codificación liberal al *multicentrum* de la significación jurídica actual.

Sin embargo, la dificultad no es incapacitante, y así lo demuestran algunos de los esfuerzos neocodificadores actuales y que tratan de responder a la crisis de la vieja codificación. En concreto, me interesaré por el modelo operativo en EE.UU., también por el nuevo armazón codificador implantado en el imperio codificador francés[37]; luego los pondré en contraste con el planteamiento español.

---

[34] Complementariamente, LEE, 1990: 84 y ss.

[35] Al respecto, ZAGREBELSKY, 2003: 26 y ss.

[36] En este sentido hay que mencionar no sólo el esfuerzo estadounidense, sino la reforma del BGB alemán que impulsa la Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones (1-1-2002) al introducir una nueva codificación del libro segundo sobre el Derecho de obligaciones (una de las partes más dinámicas del ordenamiento jurídico). Conforme a la misma, y renunciando a una mera traspolación de la legislación especial al Código, se revisa el complejo sistema del derecho de incumplimiento, se codifican figuras jurisprudenciales (la culpa *in contrahendo,* la lesión positiva de la pretensión contractual o la revisión del contrato por alteración de las bases de negociación), se rearticula la compraventa y se introducen compraventas especiales, se modernizan los contratos de préstamo y obra y la prescripción extintiva, etc. También se integra el Derecho de consumo contractual, esto es, la legislación de protección del consumidor (como la venta a domicilio, los contratos a distancia, ...), lo que hace que desaparezcan las numerosas leyes especiales de consumidores, se armonizan Directivas de consumidores, se incorporan armónicamente tres leyes especiales de consumo y sólo se deja fuera una (la Ley de responsabilidad por productos defectuosos). Y, además, la nueva codificación tiene en cuenta los Principios Unidroit (Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado) y la Convención de Viena de 1980. (Complementariamente sobre la reforma compleja de neocodificación alemana, ALBIEZ DOHRMANN, 2003: 138 y ss.; CAÑIZARES LASO, 2003: 409 y ss.).

[37] Desatiendo, así, más por cuestión de espacio que por falta de interés, el propósito codificador vigente en UK desde que en 1965 las *Proposal for English and Scottish Law Commissions* (*Cmnd.* 2573) establecieran que «el Derecho inglés debería ser capaz de presentarse de un modo accesible, inteligible y acorde con las necesidades modernas»; y para ello se requería con urgencia desbrozar y "consolidar" —«sancionar en una

(19) En EE.UU. se impuso el dominio del *common Law* frente al desarrollo codificador, al que se consideró característicamente inflexible, desatento a la justicia del caso concreto y fuente de una incontrolada discrecionalidad legislativa y judicial. Pero esta renuncia codificadora no libró a la administración de justicia estadounidense de una fuerte insatisfacción. Por eso BENTHAM se ofrece (1811) al presidente Madison para emprender la codificación del Derecho norteamericano, propuesta que el presidente rechaza [38]. A partir de ahí en EE.UU. se fortalece la idea de que es necesario ordenar y racionalizar el material jurídico que prolifera amparado por el *common Law.*

Es esto precisamente lo que sostiene el informe de 1920 del Comité que establece una organización permanente para la mejora del Derecho y que propone la creación del *"American Law Institute"* [39]. Éste inicia una línea positivizadora y racionalizadora que unida a esporádicos esfuerzos codificadores y a la consolidación de ciertos Códigos y de una Constitución (1787) se distancia de la ortodoxia del *common Law* sajón, mas confiado en la tradición y las costumbres.

En su informe el Comité expone los principales defectos del Derecho en Norteamérica, justifica y explicita la naturaleza sistematizadora, no estrictamente codificadora en el sentido europeo, de los *Restatements of the Law,* y el vínculo de sus propósitos con la legislación.

Los *Restatements* sistematizan leyes, jurisprudencia y doctrina racionalizándolas y ordenándolas para ofrecer una visión «analítica, crítica y constructiva del Derecho». —Por lo que siendo «su intención establecer el derecho en términos autoritativos y comprensivos... se le dé el nombre que se quiera, es una especie de codificación» (YNTEMA)—. Su finalidad básica es solventar la incertidumbre y la complejidad «que

---

ley todo el Derecho, incluido el casuístico, en relación con un *tópico*» (CURZON, 1995: 288)— el Derecho establecido. Para ello se establecieron unas Comisiones que debían recoger y revisar todo el Derecho que les afectaba respectivamente (en 1967 se identificaron 17 materias) animando una reforma orientada a un desarrollo sistemático armonioso del material existente. Inicialmente el interés se centró en el marco contractual, pero en su Segundo Programa, de 1968, la Comisión del Derecho propuso, con los ojos puestos en una codificación, un examen comprehensivo del Derecho criminal. En 1981 se definió el equipo codificador que debía formular en un modo apropiado al Código los principios generales que deberían regir la responsabilidad penal, una terminología estándar y las reglas que debían regir su interpretación. Finalmente el Código Criminal se publica en 1985. Luego, en un Informe en 1990, la Comisión del Derecho sugirió que el trabajo de la codificación debía continuar «a través de una serie de informes que recomendarían la reforma o la reinterpretación sistematizadora de las áreas de los delitos específicos... junto con la reformulación de los principios generales relevantes».

[38] Aunque hay que reconocer que en EE.UU, más que en Inglaterra, la preocupación por la incertidumbre normativa y la inseguridad que generaba data de antiguo, convirtiéndose el proyecto codificador en fuente de permanente controversia, al menos, desde que en 1634 se iniciara el movimiento codificador en Massachusetts, donde designó una Comisión de codificación, de la que forma parte Story que contempla la desordenada realidad y el "laberinto misterioso" (SAMPSON) del *common Law* como una «calamidad espantosa que amenaza con enterrar vivos a los juristas americanos no en las catacumbas sino en los laberintos del Derecho»; también fracasa este intento. A partir de ahí el interés por codificar y racionalizar el Derecho es zigzagueante pero permanente, fortaleciéndose en el siglo XIX (más detalladamente, TUNC & TUNC, 1957: 466). Así, FIELDS trataría de sancionar un Código Civil para Nueva York centrado en la idea de fórmulas sistemáticas y accesibles, expulsión de anacronismos y adaptación a las condiciones de la época. Fracasó en Nueva York (quizá por el contexto colonial y vinculado a la tradición inglesa), aunque su Codigo Civil fue acogido en Dakota (1865), California (1872), Idaho (1887) y Montana (1895). También en Louisiana se sancionó un Código Civil en 1808, reformado en 1819 y 1825 que, a pesar de los embates del *common Law,* se confirma actualmente como un «sistema jurídico *sui generis*» (DAINOW, 1954: 32).

[39] *American Law Institute Proceedings* 1-28 (1923).

causan la inutilidad del litigio, obstaculizan el recurso a los tribunales para garantizar derechos justos, hacen imposible advertir e informar a las personas de sus derechos, y cuando el litigio se ha iniciado, generan retraso y gastos». Para ello, y elaborados por Asociaciones de especialistas supervisados por el *American Law Institute* (*ALI*) (creado en 1923 e integrada por jueces, profesores y profesionales del Derecho), los *Restatements* definen un sistema organizado «sobre los principios fundamentales del *common Law,* otorgan precisión al uso de los términos legales y hacen el derecho más uniforme en el territorio». El *ALI* estableció[40] que esa síntesis de Derecho adoptaría la forma de reglas estatales y que, aunque no tienen fuerza de ley, son fuente autoritativa para muchos tribunales al basarse en la opinión experta de los profesionales del Derecho y resultar «de un cuidadoso análisis de la materia y del examen y discusión de los casos, frecuentemente numerosos y en ocasiones en conflicto, aunque no sean fuente primaria de Derecho[41]» (*Restatement of Contracts,* xi-xii, 1932) .

En síntesis, los *Restatements* son esencialmente codificaciones del *common Law* convertido en doctrinas que se desarrollan gradualmente en el tiempo propiciados por el principio de *stare decidis*[42]. Su objetivo, así, es destilar la «letra negra del Derecho» de los casos para indicar una tendencia establecida en el *common Law* reconduciéndolo a una serie de principios o reglas y, ocasionalmente, recomendar cómo debería ser una regla de Derecho. Formalmente, los *Restatements* se organizan en capítulos, títulos y secciones, y cada sección contiene una regla de Derecho concisamente establecida, así como los comentarios para clarificarla, ejemplos hipotéticos, la explicación de su propósito y la previsión de sus posibles excepciones.

Junto a los *Restatements*, también es representativo del nuevo esfuerzo codificador norteamericano actual, de un lado, la elaboración del *Uniform Commercial Code* —que pretende materializar la codificación del Derecho comercial iniciada en los 40 y ss. y encabezada por Llewellyn—; especie de ley que todos Estados asumen, aunque complementándola conforme a sus particularidades, y que los abogados utilizan como primera referencia. Y, de otro lado, los proyectos en marcha del *U.S. Code* (*USC*), referido a la leyes, y el *Code of Federal Regulations* (*CFR*) que codifica las normas reglamentarias.

El *U.S. Code* es más una compilación que un Código en sentido estricto; es «una nueva presentación oficial (*the official restatement*) en forma práctica de las leyes generales y permanentes de los Estados Unidos» (Prefacio). Su pretensión es sistematizar y ordenar por materias para racionalizar el sistema de legalidad, favoreciendo la fácil identificación de las leyes y eliminando las ambigüedades, contradicciones y otras

---

[40] Complementariamente, HART JR., SACKS, 1994: 726 y ss.

[41] Así, los *Restatements* constituyen la fuente secundaria más autorizada del Derecho norteamericano —citados más de 161.000 veces por los tribunales hasta mediados del 2005 (*Appendix to the Director's Report* del *ALI*).

[42] Las decisiones previas deben reconocerse como precedente por el órgano judicial abarcando la *stare decidis* vertical: la decisión de un órgano superior constituye un precedente que el tribunal inferior no puede desatender; y la *stare decidis* horizontal: el tribunal debe seguir sus propios precedentes (excepto si posee una razón fuerte para no hacerlo, en cuyo caso seguirá los principios provenientes de tribunales laterales y de otros inferiores) y los de los órganos jurisdiccionales que operan en su "circuito", de modo que los precedentes de un tribunal de apelaciones sólo pueden desatenderse "*en banc*", en una sesión de los jueces de apelación del circuito, o por el TS de los EE.UU.

imperfecciones. Pero sin obstaculizar su innovación, por eso se actualiza periódicamente (cada seis años, con suplementos anuales)[43].

Incialmente el *Code* tenía fuerza presuntiva respecto de la existencia de las leyes: en caso de desacuerdo sobre los textos que regían una materia debía acudirse a los *Statutes at Large* (edcs. 1934, 1940 y 1946). Pero, a partir de 1947 se inaugura la técnica de que los distintos títulos, sucesivamente y tras su revisión, los apruebe el Congreso. Cuando aparece una ley se relaciona con el Código para incluirla en él si no lo modifica en alguna de sus partes.

Por su parte, el *Code of Federal Regulations* aglutina y sistematiza los desarrollos reglamentarios integrando las reglas generales y permanentes publicadas en el Registro Federal por los departamentos del gobierno y las agencias del Gobierno Federal. Está dividido en 50 títulos que representan amplias áreas de la regulación federal y, por su mayor volumen, se actualiza trimestralmente por títulos completos y una vez al año estructuralmente.

Estos apuntes generales muestran que incluso EE.UU. considera ya probada la necesidad codificadora, aunque conformada a las necesidades pragmáticas del Derecho efectivamente operativo. Y que por eso se han iniciado distintas vías que no sólo dan cuenta de la posibilidad codificadora en el moderno Estado de Derecho, sino también del esfuerzo por lograr una racionalización del Derecho concebido desde una perspectiva dinámica y policéntrica.

(20) Pero también se desarrolla una nueva empresa codificadora en Francia, cuna de la codificación legicéntrica, una vez se reconocen las incapacidades del Código decimonónico.

Aunque en Francia la codificación napoleónica ha demostrado su resistencia, lo cierto es que ha envejecido[44]. Por eso se está intentando un sistema codificado de nuevo cuño que ni imita la codificación napoleónica, las circunstancias políticas, sociales y jurídicas tampoco lo permiten, ni pretende una codificación innovadora (como la de Quebec o el Códido Civil alemán). Más bien introduce una nueva técnica de «codificación a Derecho constante» para garantizar la accesibilidad e inteligibilidad de la ley y proteger la seguridad jurídica (Consejo Constitucional).

La codificación francesa a Derecho constante la realizan *drafstmen* gubernamentales que revisan las dispares fuentes de legalidad para darles forma coherente. Así, no se trata de una habilitación al gobierno para que modifique las leyes a su antojo, más bien se le faculta a perseguir los objetivos de: *i)* precisar los términos legales para hacerlos más comprensible pero respetando el principio de legalidad; *ii)* mejorar la redacción de los textos y la adaptación terminológica; *iii)* eliminar las disposiciones implícitamente derogadas; *iv)* distribuir los textos conforme a su naturaleza legal o reglamentaria; *v)* armonizar el Estado de Derecho.

---

[43] Desde que comenzó a publicarse en 1926 muchos títulos del Código ya han sido promulgados como Derecho positivo, conforme a una formación y mantenimiento que depende de un *Revisor of Statutes* adscrito a la *Office of the Law Revisión Counsel of the House of Representatives,* que es nombrado por el Congreso.

[44] Entre 1989 y 1997 ven la luz 5 Códigos que derogaron más de 400 leyes especiales. Y antes del 2010 deben entrar en vigor 60 Códigos que deben solucionar la inflación normativa y la inseguridad jurídica.

Esta labor se impulsa a través de Comisiones de Codificación y por una Comisión Superior de Codificación básicamente encargada de la codificación *de lege lata,* señalando los preceptos implícitamente derogados, las contradicciones, advirtiendo modificaciones formales y dando una ordenación sistémica desde la perspectiva de Derecho constante, que procura las innovaciones y puesta al día y la integración en los valores constitucionales y en el conjunto del sistema jurídico.

Un aspecto destacado de la nueva codificación francesa es que desde 1989 estos Códigos pasan al Parlamento, que los estudia, articula y da valor de ley con efectos derogatorios sobre lo no incorporado en ellos; «(e)llo permite descargar al Derecho de la complejidad de las acumulaciones constantes e inciertas y da a los Códigos un valor normativo pleno y superior, que mediante cortes sistemáticos y sucesivos aclaran y despejan el panorama normativo» (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1999: 65).

Además, la ambición del nuevo programa francés condujo a que, a fines de 1999, una ley apoderara al gobierno, dada la ampliación práctica de su labor legislativa y que ésta se entendió justificada, para actuar a través de Ordenanzas no ratificadas por el Parlamento para «proceder... a la adopción de ciertos Códigos», lo que convierte al gobierno en agente fundamental de la labor codificadora. Antes de 1999 se trataba de una codificación por decreto, administrativa, que no podía repeler o reemplazar las previsiones legales iniciales, pero esto generó un orden paralelo, el de las provisiones regulatorias novedosas y el de las leyes, suscitando una gran incertidumbre que debilitó el proceso codificador. Para resolver el problema aparece la ley de habilitación de 1999, conforme a la que las secciones de legislación ya codificadas mantienen su naturaleza legislativa, por lo que pueden derogar leyes previas. Aunque «sólo deberían darse las modificaciones estrictamente necesarias para la coherencia del Derecho» (FAUVARQUE-COSSON).

Ahora bien, esta habilitación, aunque por cierto muy efectiva a la vista del número de Códigos adoptados, planteó y plantea diversos problemas.

De un lado, se cuestionó la constitucionalidad de la misma al aparentar una usurpación de los poderes parlamentarios legislativos. Sin embargo, el dictamen del Consejo Constitucional ratificó su constitucionalidad[45].

De otro lado, como la habilitación al ejecutivo no le faculta para suplantar al legislador parlamentario, se objeta que con ella se muestra y a la par se encubre la necesidad de que el legislativo haga un Derecho general adecuado, estableciendo nociones, clasificaciones, conceptos, etc. (ATTIAS). Si bien, y a pesar de lo adecuado de la objeción, hay que reconocer que, más que enfrentarse al esfuerzo neocodificador, destaca el desinterés o incapacidad legislativos por establecer una estructura jurídica que posibilite la neocodificación a Derecho constante.

---

[45] Apelando al art. 38 de la CF que habilita al gobierno a actuar por ordenanzas si media una ley aprobada en el Parlamento; como esa ley habilitadora existe y sólo permite al gobierno cambios orientados a armonizar el Derecho preexistente, cae dentro del art. 38 CF. Pero, a pesar de todo, se insiste en los problemas relacionados con la jerarquía normativa y la "necesidad" de deslegalización (*déclassement*) reglamentaria (a fin de lograr una regulación codificadora) de materias previamente reguladas por la ley (véase ROIG, 2003: 73 y ss.) —proceso amparado por el art. 34 CF que diferencia materias legales y reglamentarias y que interpreta el Consejo Constitucional afirmando el carácter reglamentario o no de la materia para, a partir de ahí, proceder en su caso a deslegalizarla.

Además, y a pesar de lo plausible de este proyecto neocodificador, habría que: *i)* determinar la trascendencia teórica y práctica de las resoluciones judiciales para concretar el Derecho; *ii)* depurar los órganos codificadores para que tengan un conocimiento y unas habilidades constructivas apropiadas a la empresa que se les encomienda; *iii)* determinar el tratamiento adecuado de aquellos ámbitos jurídicos que carecen de código pero que exigen certeza y un acceso sencillo, etc.

(21) Creo que basta lo expuesto para afirmar que, a pesar de los problemas que enfrentan los nuevos proyectos de codificación como el estadounidense o el francés, ambos demuestran un interés teórico y práctico por enfrentarse, con los permanentes reajustes pertinentes, a una misma realidad jurídica desordenada, hiperabundante y sometida a una dinámica difícilmente controlable.

(22) Pero ¿qué pasa y qué se intenta en España? Pues bien, resulta que el legislador español parece sentirse más atraído que preocupado por esa realidad legislativa desbocada y desordenada, hasta el punto de "renegar" de un verdadero esfuerzo neocodificador[46]. Y digo esto porque aunque es verdad que España y Francia son los dos países que poseen una Comisión de Codificación —los demás actúan a través de comisiones especiales—, y aunque también es cierto que la española tiene un siglo más de antigüedad que la francesa, el RD 160/1997 que aprueba los nuevos estatutos de la Comisión Codificadora española, con pesimista resignación, da por concluida la codificación y, aparentando desconocer más Código que el decimonónico, se entrega a la realidad de las leyes especiales[47], aun a costa de la dispersión y la oscuridad.

Considera la Comisión Codificadora española que la codificación es ya imposible y, así, declara la era "postcodificadora" entendida como "descodificación". Esto, unido a la supresión de la exigencia impuesta a fines de los 50 y ss. de que la nueva normación se acompañara de las "tablas de vigencias"[48], reafirma la idea de que el legisla-

---

[46] Enfrentándose así a los esfuerzos recodificadores y neocodificadores que se han desarrollado en los últimos 65 años —Código Civil italiano (1942); Código portugués (1966); Código Boliviano (1975); codificación peruana (1984), paraquaya (1986); Código de Quebec (1994); Código Holandés (1992); neocodificación francesa y estadounidense; reforma del Código Civil Alemán; codificación de Bolivia, Perú, Puerto Rico, Argentina, Brasil, etc.

[47] «(N)uestra sociedad se muestra ya muy distante de aquella época en la que triunfó el ideal codificador. Nos encontramos en plena era de la postcodificación, o mejor, de la descodificación... los códigos han perdido su posición central y privilegiada en los sistemas jurídicos. En su lugar, las leyes especiales, por un lado, como normas necesarias de una sociedad en constante mutación y el texto constitucional por otro, como fundamento de los valores de un sistema político, han cambiado el sentido de la técnica legislativa» (Preámbulo RD 160/1997).

[48] «Pauta de reflexión y racionalidad» (García de Enterría) que exigía que cada nueva disposición fuese acompañada de una relación de las disposiciones sobre la misma materia existentes y una declaración expresa de aquellas que quedarían total o parcialmente derogadas.

De haberse seguido escrupulosamente el imperativo de las tablas de vigencias que establecía la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 (art. 128.3), cosa que no ocurrió excepto respecto de los "textos refundidos", se habrían generado codificaciones parciales por materias que habrían actuado contra la incertidumbre. Sin embargo, el art. 24 de la Ley de Gobierno de 27 de noviembre de 1997, en vez de reforzar la exigencia, la elimina: «(q)ueda así confesado de forma paladina que la Administración, con su omnipresente potestad reglamentaria y aun como formuladora de los proyectos de Ley, introduce con normalidad nuevas normas *de cuya necesidad y aun de cuyo alcance real, por referencia a la regulación existente, ella misma no es ni siquiera consciente, y puede concluirse ahora que ni siquiera le interesa serlo...* como si la Administración viviese más cómodamente en un mundo de incertidumbre normativa» (García de Enterría, 1999: 97, tmb. pp. 77-78 y González Ordovás, 2003: 95 y ss).

dor español no sólo da por cerrado el proceso codificador y considera impertinentes las necesidades que pudiera satisfacer, sino que también está dispuesto a colaborar al mantenimiento de la actual situación legislativa. Así, y cogiendo la "crisis por los pelos", declara la asistematicidad, inestabilidad, generalización de la especialidad, olvido de la certeza y seguridad y descontrol de un legislativo entregado al ejecutivo y sometido a una fiscalización constitucional "cotidianizada".

Me parece que con bastante lógica y justicia esta opción pública española se ha ganado una frecuente crítica doctrinal por ir contra los principios básicos de racionalidad sistémica, claridad, sencillez, coherencia y seguridad jurídica[49].

6. CONCLUSIONES: ¿CODIFICAMOS DE NUEVAS O SEGUIMOS A LEGISLACIÓN DISPERSA?

(23) El análisis previo ha rotado en torno a la necesidad y la posibilidad de abordar una neocodificación que mejore las condiciones del panorama normativo actual pero reforzando, rearticulando y racionalizando (no renunciando) las pertinentes condiciones político-materiales del Estado social de Derecho neoconstitucional.

Sabiendo que lo bueno que aún preserva la Utopía ilustrada se asfixia en manos del cierre, el centralismo y el formalismo[50], la nueva alternativa codificadora, de un lado, debe apartarse de la dogmática vinculada a tradiciones construidas por el poder y de contratradiciones ajenas a las necesidades del escenario jurídico real y de consecuencias deconstructivas. Y, de otro lado, exige ser conscientes de la realidad social, política, legislativa, judicial, etc., abordando sus problemas y construyendo a tal efecto los instrumentos más apropiados de solución gracias a una teoría y técnica legislativas —racionalmente justificadas y fundamentadoras que sirven para encauzar el discurso político-social— y a los aportes de la experiencia comparada.

El objetivo del proyecto neocodificador debe ser "sistematizar" y "racionalizar" el escenario jurídico actual. Sistematizar es ofrecer un arquetipo estructural que exprese un orden interno, como si de un sistema de conjuntos se tratase. Y racionalizar es fundamentar, ofrecer razones justificadas. Como sistematizar la realidad jurídica positiva es apelar al orden interno que configura de forma excluyente la definición de validez/invalidez del Derecho, la sistematización codificadora se centra en la definición formal del Derecho. Sin embargo, la fuerza crítico-reconstructiva de tal proyecto depende de su capacidad para esclarecer la forma más adecuada de interrelación de los distintos elementos normativos y que sirve para mantener su consistencia interna formal. Por eso es imprescindible fundamentar esta sistematización, esto es, raciona-

---

[49] En este sentido, p. ej., CAZORLA PRIETO, 1999: 43 y ss., PAU PEDRÓN, 1999: 75 y ss.

[50] Pues «la codificación entendida en términos históricos y tradicionales, si no ha saltado por los aires hecha añicos, está cerca de ello» (CAZORLA PRIETO, 1999: 43) (complementariamente la propuesta de DE LOS MOZOS, 2001: 5 y ss.). En otras palabras, «(l)as ilusiones codificadoras son utópicas, es decir, su relación con la realidad es falsa y está distorsionada... Su Utopismo se debe a que piensa las posibilidades instrumentales inherentes a la racionalización formal como hechos realizados, y como una realidad histórica trascendente» (VARGA, 1978: 37-38).

lizarla. Pero ya no apelando a su consistencia estructural, sino al sentido racional teórico y práctico del sistema de codificación. Así, la racionalización, más que a la consistencia o a la lógica interna sistematizadora, apela a una forma de coherencia compleja que depende en amplia medida de criterios valorativos y de ponderación, porque se refiere a la fuerza de los argumentos en relación con los objetivos e instrumentos conforme a los que se estructuran.

La sistematización del material jurídico siempre depende del tipo de racionalización al que se apunte —y todo esfuerzo sistematizador, incluido el decimonónico, participa de su propio modelo de racionalidad—. Por eso cada arquetipo sistematizador no se justifica por sí mismo, ni sólo por el orden que anhela, sino por el carácter fundamentado de los criterios racionalizadores del sistema. Como parto, sin poder profundizar aquí en esto, de un modelo racional teóricamente fundamentado en una razón práctica articulada en clave discursiva, el sistema neocodificador se rediseña en favor de la diversidad y la apertura a múltiples centros sistémicos interconectados. Esto, desde la perspectiva externa descriptiva, da cuenta de una concepción plural del Derecho de la que hace tiempo los sociólogos advierten a los juristas. Pero también permite afrontar la diversidad conforme a estándar crítico-normativos que conducen a una fundamentación sistémica interna.

La sanción por la asistematicidad y por la sistematización no racionalizada teórica y prácticamente es el desorden y el caos normativo que, a su vez, conllevan la falta de incidencia. Porque a la existencia de una realidad policéntrica y de acrecimiento tuitivo estatal se añade la proliferación normativa derivada de la dimensión reactiva frente a esa realidad normativa[51], «una reiteración reguladora frente a una reacción de rechazo del sector regulado» (ROIG, 2003: 106).

Por lo expuesto, apelar hoy a una neocodificación es reclamar la sistematización como instrumento al servicio del orden, la facilidad de acceso, la seguridad jurídica, la inteligibilidad, etc. Pero, eso sí, siempre que se trate de una sistematización segmentada por unos cánones racionalizadores renovados fieles a consideraciones valorativas fundamentadas y que, entre otras cosas, orienten a la concepción monosistémica de la codificación decimonónica al policentrismo material y orgánico, a un poli-sistema que refiera la existencia de múltiples centros normadores —legislativos, judiciales, doctrinales, sociales, etc.— que unifican su racionalidad en la visión del ordenamiento jurídico como un todo constitucional[52].

(24) Este policentrismo no reconoce sólo la ampliación de fuentes formales en los sistemas jurídicos desarrollados por su diversificación interna y la apertura supranacional. También actualiza el pluralismo jurídico para colocar la definición del Derecho plural ante la pantalla del Derecho efectivamente practicado. A este respecto las teorías de "policentralidad legal" y de "acomodación legal" aportan instrumentos para

---

[51] Por ello, el mínimo que hay que comenzar exigiendo al Derecho es que configure su normatividad y legislación a partir de una verdadera voluntad de incidencia. Y ésta requiere tanto la coordinación y acoplamiento de las imágenes propias que cada subsistema social de significación posee (proponiendo retraducciones conceptuales internas del subsistema apropiadas al sistema normativo jurídico), cuanto la entrada en juego de la sociología y la política del Derecho, el estudio económico del Derecho, la comunicación con los sectores relevantes, etc., favoreciéndose un diálogo traducible a los propios elementos de cada sistema (TEUBNER).

[52] En este sentido, IRTI, 1992: 190-191.

reconstruir una concepción que describa mejor y que sirva a una visión crítico-constructiva fundamentada y de fundamentación[53].

Si tomamos estos genéricos presupuestos como criterio con el que medir las razones de la actual impotencia, p. ej., de nuestro Código Civil, los resultados, lejos de sorprender, muestran cierta obviedad. Y es que el proceso de formación del generalizadamente reconocido como mediocre Código Civil español de 1889 desatendió la pluralidad material de los intereses sociales, la diversidad funcional de los centros de producción del Derecho y las exigencias de inteligibilidad del arquetipo formal[54]. Así, se convirtió en un Código abocado a revisión antes de su propia entrada en vigor y que exhibía mala técnica legislativa —inexactitud, tecnicismos, artículos de imposible aplicación, defectuosos por error u omisión, etc.[55]—, desinterés social, individualismo, clasismo burgués frente al criado y el trabajador asalariado, concepciones familiares patriarcales y machistas, cesiones poco civiles al matrimonio católico, desatención a los Derechos forales, etc. Normal es, pues, que la aparición de un Código desfasado en origen alimentara las críticas anticodificadoras y, sobre todo, haya puesto a todos sobreaviso de nuevos afanes codificadores que podrían empeorar aún más el confuso panorama legal actual. (Claro que, teniendo en cuenta que su redacción se encargó a un grupo de varones burgueses ya ocupados en otros asuntos y que, en general, se escucharon sólo a sí mismos, que el discurso y la comunicación fallaron en los trabajos preparatorios y que el apresuramiento fue el colofón de Código, ni sus resultados ni las pertinentes críticas sorprenden).

Pero, en realidad, se hizo mal en general. Por eso todas las codificaciones voluntaristas y centralistas enseguida mostraron en las distintas sociedades su anomía social y hoy se ven sobrepasadas por la realidad legislativa y jurisdiccional. Esto exige hacer mejor las cosas; y un comienzo de mejora, decía, es articular la neocodificación en torno a la noción compleja de polisistema funcional y material y a una visión dinámica y comprehensiva del Derecho.

---

[53] Con ellas, dicho sintéticamente, se vindica (policentralidad legal-ZAHLE): huida de los efectos centralizadores y totalizantes de la teoría al uso, renuncia a las concepciones del Derecho únicas, cerradas y plenas y que definen el Derecho por oposición a lo otro; análisis de la relación compleja de interacción entre las formas plurales de ordenación que participan en el mismo campo social y las formas legales de coexistencia de esas relaciones; activación de una concepción ética, orientada a la consecución de una pluralidad armónica en la que puedan ampararse los distintos reclamos de justicia; análisis de la naturaleza ideológica de los distintos sistemas normativos; análisis de la definición y reparto de autoridad para adoptar decisiones. De lo que se trata (acomodación legal-[DOYLE]) es de promover una concepción que dé sentido a un pluralismo respetuoso de la individualidad y de las especifidades de los distintos grupos de interés. Pero los grupos de interés no pueden seguir centrándose en definiciones culturales y/o tradicionales de los mismos, sino que se especifican a partir de la definición de cada grupo de individuos de sus afinidades y sus consiguientes intereses y necesidades. Por eso, la propuesta es «establecer el mecanismo político-jurídico apropiado a la existencia social de esos distintos grupos de afinidades... (H)uye de la asimilación, la segregación, el aislacionismo, la marginación o la subordinación... a favor de la proclamación sustantiva del derecho de los miembros y los distintos grupos de afinidad de estar representados en la deliberación pública y la toma de decisiones políticas y en las organizaciones privadas» (SUÁREZ LLANOS). Ya en otro lugar me ocupé de analizar y valorar más pormenorizadamente ambas concepciones y la propuesta convencionalista en sus esfuerzos por viabilizar el concepto de pluralismo jurídico; en SUÁREZ LLANOS, 2004: 15-57.

[54] El resultado fue un Código apresurado, que ni miró a su alrededor para ver «las necesidades y progresos del tiempo... las necesidades sociales del día y... ciertas ineludibles previsiones que una ley de esta índole no debiera omitir... varios, y aun muchos artículos del Código deberían corregirse» (informe de la Comisión del Senado).

[55] Complementariamente, DE BUEN, 1977: 170 y ss.

(25) Este proyecto, sin duda, permite intentar muchas cosas y unas saldrán mejor que otras. Al respecto, me limitaré a sintetizar algunas líneas generales.

En primer lugar, la neocodificación debe concebirse en el marco de una teoría de la legislación de fundamentación discursivo-consensual, lo que sirve a la exigencia racionalizadora de la sistematización que se proponga. Así, se incide sobre y se vindica el hecho práctico de que aunque el Derecho es un orden positivo distinto al estándar de lo moral, natural, etc. —pues la ley se cualifica como tal indepedientemente de lo que podamos creer sus méritos o deméritos—; sin embargo, en los Estados desarrollados, el Derecho ya no es un mero orden voluntarista de coacción[56] ya que las consideraciones sobre la corrección material del Derecho se convierten de hecho, y deben convertirse en el nivel de justificación, en criterios operativos de validez.

Esto exige atender a una comprensión compleja, comprehensiva y dinámica del Derecho en busca de una sistematización y clarificación del mismo acorde con los valores constitucionales, los ideales políticos liberales de libertad, derechos, limitación pública de la actuación estatal, interdicción de la arbitrariedad, responsabilidad y seguridad jurídica respecto de la legalidad y las decisiones aplicativas de la misma. Tal planteamiento aboca una "concepción reflexiva" del Derecho en la que la perspectiva normativa se complementa con una visión constitucional que actualiza una comprensión relacional que transforma al Derecho en un escáner de la regulación social. Esto permitirá, de un lado, la institucionalización ordenada de una concepción pluralista de las fuentes del Derecho. Y, de otro, la "rematerialización" del Derecho que tanto se impone en su pragmática constitutiva cuanto debe ser orientada por la teoría crítica fundamentadora a una racionalidad sustantiva (en amplia medida procedimental). Pues la fundamentación discursiva se sirve de una razón práctica que nos advierte de que la igualdad en los derechos y garantías no depende de una igualitaria distribución de bienes, sino de un derecho igualitario a participar en los procesos distributivos negociando los derechos propios[57]. De esta forma, se acercaría la "verdad procedimental" a la "verdad material".

En segundo lugar, hay que considerar seriamente la propuesta de deslindar las materias más propias de una legislación de otras que exigen una normación más detallada o admiten una regulación plural. Tanto por descargar la realidad hiperlegislada, vista desde una perspectiva estática, cuanto por enfrentar la importante causa de inflación legislativa que supone el rechazo normativo y la fluctuación de leyes al albur de las políticas gubernamentales particulares, y además porque se facilitaría el sentido de la ordenación en su conjunto. «Al respecto importa tener presente que el legislador ha mostrado un exceso en el mundo moderno con una arrogante monopolización de lo jurídico... haciéndolo, ha demostrado también su impotencia» (GROSSI, 2003: 92). Y también que, aunque la acción normativa del gobierno es constitucional y legítima, llega a servirse de figuras que, en su esfuerzo por abarcar el mayor ámbito material posible, se mueven por los lindes de lo inaceptable (leyes de caso único, abuso de

[56] Véase complementariamente SIMMONDS, 2005: 266 y ss.

[57] En esta línea, PREUSS, 1986: 170, HABERMAS, 1998: 502 y ss. Y es que «(l)a justicia debería referirse no solamente a la distribución, sino también a las condiciones institucionales necesarias para el desarrollo y ejercicio de las capacidades individuales y de la comunicación y cooperación colectivas» (YOUNG, 1990: 39).

legislación singular, leyes de acompañamiento materialmente desbordadas, etc.). En este sentido, el deslinde dinámico caracterizaría ciertos sectores como más apropiados de regulaciones concretas y cambiantes animadas por el gobierno y otros núcleos sociales representativos de intereses, «abandonando la desconfianza ilustrada hacia la sociedad». Y la ley quedaría, respecto de estas materias, encargada de establecer los principios y criterios generales positivos que deben guiar y engarzar tal práctica normativa y que serían más fácilmente reconducibles a, y sistematizables en, el marco codificado, aspecto este de interés por lo que se refiere a la legislación especial[58] que debería insertarse sistémica, razonable, clara y adecuadamente en el conjunto[59].

En tercer lugar, me parece importante remover la idea de que una Comisión de Codificación, o cualquier otro órgano paralelo, concreta y agota su función en la preservación de las codificaciones existentes. Pues aunque su cometido no es sustituir al legislador, sí debe sistematizar las normas por conjuntos homogéneos, esclarecer y actualizar su lenguaje conforme a las claves de técnica legislativa[60] que trasladan el sentido efectivo de la comunicación jurídica que conforma el Derecho, y también proponer su reordenación y redefinición atendiendo a una visión compleja y dinámica del sistema jurídico que desplaza su centro legicéntrico para hacerle recorrer los distintos focos normativos, interpretativos, de interés y de sentido de la legislación. Entonces ya sí se hará cierto que «el código es el futuro de la ley». En este marco encaja bien el reclamo doctrinal de emprender una segunda codificación en España que, entre otras cosas, garantice la agilidad y una amplia colaboración entre el Gobierno y otras instancias como los Ministerios, el Consejo de Estado, el Consejo General del Poder Judicial, el Consejo Económico y Social, el Tribunal Constitucional, etc., evitándose sobrecargar el trabajo parlamentario[61].

---

[58] Si bien el marco de disposiciones y garantías constitucionales de naturaleza formal y también sustantiva no puede ser burlado por el legislador. Por lo que resultaría tan inaceptable que se deslegalicen materias legales incontroladamente como abocar una legislación "capilar" especial incontrolada (CAZORLA PRIETO).

[59] Perspectiva ratificada por el TC español, p. ej., al extender la condición de código a la Ley General Tributaria.

[60] Para la mejora de la técnica legislativa se aprueba la Resolución de la Subsecretaría de la Presidencia del Gobierno, de 6 de noviembre de 1995, en la que se propone la creación, a partir de la actual Comisión General de Codificación, de un Órgano Central de Codificación encargado del estudio e iniciativa respecto de los anteproyectos de ley para su aprobación y elevación al Gobierno de la nación, lo que debe ponerse en relación con el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de octubre de 1991 «por el que se aprueban las directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley» derogado por la Resolución de 28 de julio del 2005 que aprueba las nuevas Directrices de técnica normativa y que tiene un ámbito material de aplicación más amplio. Ese órgano se encargaría de: preparar los anteproyectos de ley para las materias reguladas de los códigos y las disposiciones básicas del Estado; consolidar periódicamente las grandes leyes generales mediante textos refundidos o mediante leyes consolidadas aprobadas por las Cortes Generales; realizar un seguimiento de los trabajos de la Unión Europea en relación con las materias reguladas en los Códigos y las disposiciones generales; realizar un seguimiento de las leyes de carácter general dictadas por las CC.AA. para fijar su relación con las leyes generales del Estado y preparar, de ser necesario, las modificaciones legales oportunas a nivel estatal o el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad. (Véase, al respecto, CAZORLA PRIETO, 1999: 75-81; SEBASTIÁN LORENTE, 1997: 1197 y ss.).

[61] MENÉNDEZ apunta algunas medidas esenciales de reforma de la Comisión de Codificación para capacitarla frente a los nuevos retos del Derecho: que sea presidida por un miembro representativo de la comunidad científica o académica y dedicado en exclusiva a la Comisión; que se integre por juristas de reconocido prestigio; que su trabajo se distribuya en régimen de ponencias en las distintas Secciones con posterior intervención en el Pleno de la Sección; que se reformule su competencia como mero órgano conservador de los Códigos existentes; que se replantee la función del Ministerio de Justicia, al que se subordina, como órgano

Para poner en marcha este proyecto se podría concebir a la Comisión General de Codificación más bien, o también, como un órgano que actúe en el marco del a veces reclamado Consejo General de Legislación —cuestionándose la subordinación orgánica y funcional de nuestra Comisión de Codificación al Ministerio de Justicia— que no se asimilaría a lo que en España entendemos por Consejo de Estado, a pesar de su labor informante y de cuidado de técnica legislativa, sino que poseería la relevancia y autonomía funcional necesaria para encauzar un procedimiento legislativo de consolidación y esclarecimiento acorde con los presupuestos discursivos, constitucionales y de fundamentación, y que colaboraría permanentemente —«con suficientes medios materiales, una organización personal adecuada... el apoyo de otras instituciones y la conexión oportuna con los órganos políticos y legislativos» (MENÉNDEZ, 1999: 28)— en la actividad legislativa para evitar los obstáculos que para la racionalización legislativa representan las deformaciones partidistas y el exceso normativo legislativo de los gobiernos.

Cuarto, la nueva fórmula codificadora no debe preajustarse a límites rígidamente formalizados, ya que el sentido que la anima obliga a contemplar la regulación como una pugna por el poder entre distintos grupos que no puede estancarse bajo excusas clausurantes [62]. Por eso, debería atender a un modelo sistemático pero parcelado temáticamente conforme a cláusulas de razonabilidad, no de adscripción ministerial, y a los objetivos de claridad para los usuarios al ser instrumentos básicos de conocimiento de las reglas que rigen la actuación judicial y condicionan la actividad de los ciudadanos.

En quinto lugar, la actividad neocodificadora debe: *i)* tender un puente a la actividad judicial más significativa proponiendo una clarificación positiva, pero no estática, del significado de los principios en relación con las leyes, y *ii)* atender permanente a las construcciones teóricas para buscar una mayor racionalización del sistema y de la coherencia de la normación positiva. Al respecto, los trabajos preparatorios y tentativos, de *lege lata* y con finalidad orientativa, serían el primer estadio de reorganización de la praxis desde el que después se puede recomendar el paso último de la supervisión, modificación en su caso y aprobación parlamentaria.

Al abordar este proyecto complejo de neocodificación nos percataremos de que «todavía nos faltan instrumentos para afrontar de manera racional, sistemática y satisfactoria la complejidad de las situaciones jurídicas» (ARNAUD), pero se estarán dando pasos fundamentales para la racionalización de la «pragmática del conflicto», al garantizarse que las instituciones estatales dirigen su mirada a la sociedad dividida y a la realidad policéntrica del Derecho en un esfuerzo por materializar la exigencia de publicidad y transparencia democrática —refiriéndose a la elaboración, identificación, aplicación, interpretación y caracterización del Derecho.

Finalmente, sexto, es importante tener presente que un proyecto neocodificador en un marco neoconstitucional como el actual exige estar permanentemente alerta

---

promotor del Derecho; que se aporten estudios estadísticos, económicos y sociológicos para que las leyes dejen de ser intuitivas; que se incentive la comunicación permanente entre órganos administrativos y legislativos (MENÉNDEZ, 1999: 27-27; tmb. 18-21).

[62] Complementariamente, IRTI, 1992: 35-41.

frente a los riesgos de esclereotización y tecnocratización de las nuevas codificaciones. Porque, de un lado, no se pretende inmovilizar cualquier posibilidad de cambio, sino de frenar la creación explosiva, reforma permanente, desencaje, banalización, incorrección, oscuridad, contradicción... de los textos legales y la irrestricta discrecionalidad judicial que animan. Y es que «(n)o se trata sólo de un problema de comodidad material sino de claridad jurídica. La codificación facilita la reforma en lugar de entorpecerla»[63] (BRAIBANT, 1999: 94). Y porque, de otro lado, aunque el nuevo agente de una nueva codificación de *lege lata* y a Derecho constante en amplia medida sean técnicos y especialistas en diversas materias, esto no tiene por qué significar tecnocratización del sentido político de la ley, de hecho la tecnocratización se multiplica con la dispersión, multiplicación y fragmentariedad legislativa. Mientras que lo que ahora se precisa es contraer aquel expansivo fenómeno gracias a la integración de perspectivas diversas que ordenen la realidad legislativa y la práctica judicial subordinándolas a la importante función a la que sirven: garantizar el sentido de la motivación judicial, el sentido de la ignorancia no eximente, el postulado democrático del Derecho del pueblo, reforzar la seguridad jurídica y, con todo ello, ampliar el proyecto liberal de protección de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos.

7. BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALBIEZ DOHRMANN, K. J., 2003: «La integración del Derecho de consumo contractual en el Código Civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Madrid: Thomson, Civitas.

ALEJANDRE GARCÍA, J. A., 1980: *Derecho del Constitucionalismo y de la Codificación,* Universidad de Sevilla.

ÁLVAREZ ALONSO, C., 2003: «La legitimación del sistema. Legisladores, jueces y juristas en España (1810-1870)», *Revista Electrónica de Derecho Constitucional,* 4.

ATIENZA, M., 1997: *Contribución a una Teoría de la Legislación,* Madrid: Civitas.

ATTIAS, C., 1999: *Le Code civil nouveau,* Dalloz.

BRAIBANT, G., 1999: «El modelo francés de la nueva codificación», *Seguridad Jurídica y Codificación,* Madrid: Centro de Estudios Registrales.

BURT, R., 1995: *The Constitution in Conflict,* Harvard Univ. Press.

CAÑIZARES LASO, A., 2003: «La prescripción en el BGB después de la reforma del Derecho de obligaciones», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo,* Madrid: Thomson, Civitas.

CARNELUTTI, F., 1953a: «La crisi del Diritto», *Discorsi intorno al Diritto,* vol. II.

— 1953b: «La morte del Diritto», *Discorsi intorno al Diritto,* vol. II.

— 1953c: «Nuove riflessioni intorno alla certezza del Diritto», *Discorsi intorno al Diritto,* vol. II.

CAZORLA PRIETO, L. M.ª, 1999: «La codificación como función de los poderes públicos. El caso español», *Seguridad Jurídica y Codificación,* Madrid: Centro de Estudios Registrales.

[63] Si se prefiere, que la nueva codificación «en nada se opone —al contrario, prepara— una posible reforma posterior; el hecho de que aquellos textos se ordenen y sistematicen no supone, en sí mismo, ningún propósito de fijación o estabilización de su contenido. Esta segunda codificación no tiene como fin la permanencia del fondo, pero sí la permanencia de la forma —de la nueva estructura global—» (PAU PEDRÓN, 1999: 83).

CURZON, L. B., 1995: *Jurisprudence,* London: Cavendish.

DAINOW, D., 1954: «Le droit civil de la Louisianie», *Revue Internationel de Droit Comparé,* n.º 6.

DE BUEN, D., 1977: *Introducción al Estudio del Derecho Civil. Ideas Generales. Fuentes Históricas del Derecho Civil Español. Codificación. Normas Jurídicas,* Argentina: Porrúa.

DE LOS MOZOS, 1988: «Los precedentes de la codificación: la unificación del Derecho en los propósitos de la Ilustración española», *Anuario de Drecho Civil,* vol. LXI (III).

— 2001: «Codificación y recodificación: reflexiones con motivo de la reforma del Código Civil peruano», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia,* n.º 11.

DÍEZ-PICAZO, L., 1992: «Codificación, descodificación y recodificación», *ADC,* vol. XLV.

DOYLE, J. F., 1998: «Legal accomodation an social diversity», *Rechtstheorie,* vol. 18.

FERRAJOLI, L., 2004: *Derechos y Garantías. La Ley del más Débil,* Trotta.

— 2001: *El Garantismo y la Filosofía del Derecho,* Universidad Externado de Colombia.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., 1999: *Justicia y seguridad jurídicas en un mundo de leyes desbocadas,* Madrid: Civitas.

GÉNY, F., 2000: *Método y Fuentes en Derecho Privado y Positivo,* Granada: Comares.

GONZÁLEZ ORDOVÁS, M.ª J., 2003: *Ineficacia, Anomía y Fuentes del Derecho,* (Cuadernos «Bartolomé de las Casas», 28), Madrid: Dykinson.

GROSSI, P., 2003: *Mitología Jurídica de la Modernidad,* Madrid: Trotta.

HABERMAS, J., 1998: *Facticidad y Validez,* Madrid: Trotta.

HART JR., H. M., y SACKS, A. M., 1994: *The Legal Process. Basic Problems in the Making and Application of Law,* New York: Foundation Press.

HECK, P., 1999: *El Problema de la Creación del Derecho,* Granada: Comares.

HORKHEIMER, M., y ADORNO, T. W., 1994: *Dialéctica de la Ilustración,* Madrid: Trotta.

IHERING, R., 1961: *El Fin en el Derecho,* México: Cagica.

— 1987: «Cartas sobre la jurisprudencia actual», *Bromas y Veras en la Jurisprudencia,* Madrid: Civitas.

IRTI, N., 1992: *La Edad de la Descodificación,* Barcelona: Bosch.

KANTOROWICZ, H., 1949: «La lucha por la ciencia del Derecho», *La Ciencia del Derecho,* Buenos Aires: Losada.

LA TORRE, M., 1993: «Derecho y conceptos de Derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea», *Revista del Centro de Estudios Constitucionales,* n.º 16.

— 1994: «Formalism and anti-formalism in Modern-State Law and beyond», *Prescriptive formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems,* Berlin: Duncker & Humbloy.

LASSERRE-KIESOW, V., 2005: «L'esprit scientifique du Code Civil», *Droits,* n.º 41.

LEE, K., 1990: *The Legal Rational State,* Newcastle: Avebury.

LUCAS VERDÚ, 1987: *La Lucha contra el Positivismo Jurídico en la República de Weimar,* Madrid: Tecnos.

LUHMANN, N., 2002: *El Derecho de la Sociedad,* México: Universidad Iberoamericana.

MANGABEIRA UNGER, R., 1985: *Conocimiento y Política,* México: Fondo de Cultura Económica.

MARCILLA CÓRDOBA, G., 2005: *Racionalidad Legislativa. Crisis de la Ley y Nueva Ciencia de la Legislación,* Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

MENÉNDEZ, A., 1999: «La Comisión General de Codificación y la elaboración de las leyes», *Seguridad Jurídica y Codificación,* Madrid: Centro de Estudios Registrales.

MONTILLA, A., 1987: «La codificación como técnica de producción legislativa», *Revista de Derecho Privado,* vol. LXXI.

ORDUÑA MORENO, F. J., 2003: «El influjo del Derecho privado europeo en la metodología del Código Civil», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díaz-Picazo,* Madrid: Thomson, Civitas.

PAU PEDRÓN, A., 1999: «La segunda codificación», *Seguridad Jurídica y Codificación,* Madrid: Centro de Estudios Registrales.

PREUSS, U. K., 1986: «The concept of rigths and the welfare state», *Dilemmas of Law in the Welfare State,* Berlin: Walter de Gruyter.

PRIETO SANCHÍS, L., 1998: «Del mito a la decadencia de la ley. La ley en el Estado constitucional», *Ley, Principios, Derechos,* Dykinson.

— 1999: *Constitucionalismo y Positivismo,* México: Fontamara (BFDP).

RAMOS NÚÑEZ, C., 2000: «La codificación: impulso moderno de la familia romanista», *Derecho & Sociedad,* n.os 8-9.

RIVERA, J. C., 1998: *Instituciones de Derecho Civil,* Madrid: Bs. As.

ROIG, A., 2003: *La Deslegalización. Orígenes y Límites Constitucionales en Francia, Italia y España,* Madrid: Dykinson.

ROMÁN GARCÍA, A. M., 2003: «Codificación, descodificación y recodificación en el Derecho Civil», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díaz-Picazo,* Madrid: Thomson, Civitas.

RUBIO LLORENTE, F., 1990: «El juez y la ley desde el punto de vista del principio de igualdad», *El Poder Judicial en el Bicentenario de la Revolución Francesa,* Madrid: Ministerio Justicia.

SAMUEL, G., 2005: L'esprit de non-codification: Le Common Law face au Code Napoléon», *Droits,* n.º 41.

SEBASTIÁN LORENTE, J. J., 1997: «La Comisión General de Codificación. De órgano colegislador a órgano asesor», *Actualidad Civil,* n.º 47.

SIMMONDS, N. E., 2005: «Jurisprudence as a moral and historical inquiry», *The Canadian Journal of Law & Jurisprudence,* n.º 2, vol. XVIII.

SUÁREZ LLANOS, L., 2004: «La "cultura jurídica" y el "pluralismo jurídico". Problemas de definición», *BFD,* n.º 24.

VARGA, C., 1978: «Utopias of rationality in the development of the idea of codification», *RIFD,* LV-1.

VARGAS MUÑOZ, J. M. de, 2003: «La codificación civil: breve referencia a sus bases socioeconómicas y filosófico-jurídicas», *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Díaz-Picazo,* Madrid: Civitas, Thomson.

TARELLO, G., 1976: *Storia della Cultura Giuridica Moderna,* Bologna: Il Mulino.

— 1995. *Cultura Jurídica y Política del Derecho,* Fondo de Cultura Económica.

TUNC, A., y TUNC, S., 1957: *El Derecho de los Estados Unidos de América: Instituciones Judiciales, Fuentes y Técnicas,* Imp. Univ. México.

WIECKER, F., 1952: *Historia del Derecho Privado Moderno,* Madrid: Aguilar.

YOUNG, I. M., 1990: *Justice and the Politics of Difference,* Princenton.

ZAGREBELSKY, G., 2003: *El Derecho dúctil. Ley, Derechos, Justicia,* Madrid: Trotta.

PODERES PROBATORIOS DE LAS PARTES Y DEL JUEZ EN EUROPA *

Michele Taruffo

Universidad de Pavía

RESUMEN. En este trabajo el autor analiza el tema de los poderes de instrucción del juez en los principales ordenamientos europeos. Para ello, muestra en primer lugar las perplejidades a las que conduce la posición de quienes sostienen que la atribución de dichos poderes implica la aceptación de una política antiliberal y autoritaria. Posteriormente, el autor realiza una tipología de los poderes de instrucción del juez, limitando su análisis a los principales ordenamientos europeos. Finalmente, señala que la atribución de poderes de instrucción al juez es una elección ideológica que atañe a las funciones del proceso civil y a la decisión que lo concluye, propugnando que es posible «maximizar *al mismo tiempo* el derecho a la prueba que le corresponde a las partes, la garantía del principio de contradicción y la atribución de amplios poderes de instrucción al juez».

Palabras clave: poderes de instrucción, derecho a la prueba.

ABSTRACT. In this work, the author analyses the question of the judges's power to take procedural steps in the main European legal systems. To do so, he first shows the confusion caused by the position of those who hold that the conferring of these powers implies the acceptance of an anti-liberal and authoritarian policy. He then carries out a typology of the judges's powers to take procedural steps, limiting his analysis to the main European legal systems. Finally, he points out that conferring such powers is an ideological choice which concerns the functions of civil procedure and the decision that concludes it, supporting the possibility of «maximizing *at the same time* the parties's right of proof, an adversary procedure and the conferring upon the judge of extensive powers to take procedural steps».

Keywords: probatory rules, right of proof.

* Ponencia presentada en el XXV Congreso Nacional de la Asociación italiana de investigadores sobre proceso civil, llevado a cabo en Cagliari el 7 y 8 de octubre de 2005 sobre el tema «Le prove nel pocesso civile». Publicado originalmente en *Riv. tri. dir. proc. civ.,* vol. LX, núm. 2, 2006.

1. INTRODUCCIÓN

Un análisis adecuado del tema de los poderes del juez en los ordenamientos procesales europeos no puede realizarse en el breve espacio de un artículo. La exposición que sigue debe, por tanto, limitarse a destacar algunos de los aspectos más relevantes en determinados ordenamientos, presentando algunas consideraciones introductivas[1] y algunas consideraciones a modo de conclusión.

Una primera observación es de carácter terminológico y se refiere al uso del término "inquisitorio". Este término está tan cargado de implicaciones retóricas que puede convertirse en un término confundente o —en el mejor de los casos— inútil. Las implicaciones retóricas se producen por ser utilizado habitualmente —evocando de manera más o menos explícita el espectro de la Santa Inquisición, en cuyos procesos la persona investigada no tenía ningún poder de defensa frente a un tribunal omnipotente— con la finalidad de generar una valoración negativa sobre todo aquello a lo que viene referido. El término "inquisitorio" es, pues, confundente porque nunca ha existido, no existe tampoco en la actualidad en ningún ordenamiento un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente como inquisitorio: esto es, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el proceso sea llevado de oficio por el juez. Por otra parte, no es casual que la tradicional contraposición entre proceso *adversarial* y proceso *inquisitorial* se considere carente de validez en el plano de la comparación entre modelos procesales[2]. Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística a fin de dejar de utilizar el término "inquisitorio", al menos para referirse al proceso civil. Conviene hablar, más bien, de *modelos mixtos* para referirse a aquellos ordenamientos procesales —que actualmente son bastante numerosos— en los que se prevén poderes de instrucción más o menos extensos del juez, junto con la plena posibilidad de las partes de aportar todas las pruebas admisibles y relevantes para la determinación de los hechos[3].

Otro punto preliminar particularmente importante se refiere a la cuestión de si los poderes de instrucción del juez pueden considerarse como un problema *político;*

---

[1] Algunas consideraciones de fondo, asumidas como premisas del discurso que se irá desarrollando, pueden sólo formularse en términos sintéticos, sin que sea posible discutir ni justificar en este lugar su fundamento. Una de estas consideraciones se refiere a la ausencia de implicaciones necesarias entre la adopción del principio dispositivo en sentido propio, o sustancial, y la opción consistente en no atribuir al juez ningún poder de instrucción autónomo. En efecto, existen numerosos modelos de proceso (sobre ellos *vid. infra* apartado 2) que cumplen a cabalidad con el principio dispositivo y, por consiguiente, que atribuyen a las partes el poder exclusivo para iniciar el proceso y determinar su objeto, pero que, a pesar de ello, confieren al juez importantes poderes de iniciativa instructoria. Una consideración adicional se refiere a la conocida distinción entre concepción "publicista" y concepción "privatista" del proceso civil. Al margen de que parece que predomina la primera de dichas concepciones en todos los ordenamientos modernos, se trata de una distinción que parece irrelevante en lo que se refiere al tema de los poderes de instrucción del juez. Ciertamente, si únicamente se entendiera el proceso civil como un método de resolución "privada" de las controversias, podría preferirse siempre un modelo de proceso inspirado en la ideología legal-racional de la justicia (al respecto *vid. infra.* apartado 3) a una ideología según la cual el libre enfrentamiento entre privados fuese el único criterio aceptable para la resolución de los conflictos.

[2] *Cfr.* en particular, DAMAŠKA, 1991: *I volti della giustizia e del potere. Analisi comparatistica del processo,* tr. it. Bolonia, p. 34; TARUFFO, 2002: *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile,* Bolonia, pp. 73 y ss.

[3] Así, por ejemplo, COMOGLIO, 2004: *Etica e tecnica del "giusto processo",* Turín, pp. 185 y ss., 350 y ss.; COMOGLIO, 1996: *Riforme processuali e poteri del giudice,* Turín, pp. 59 y ss.

es decir, si la atribución de poderes de iniciativa instructoria implica la aceptación de una ideología política antiliberal y sustancialmente autoritaria o incluso totalitaria. La cuestión no es nueva[4] y ha sido objeto de discusiones recurrentes en la doctrina del proceso civil. Sin embargo, recientemente ha tenido un *revival,* especialmente en Italia[5] y España[6], pero también en otros lugares[7], por lo que resulta oportuno realizar algunas consideraciones al respecto. No es posible examinar aquí todas las versiones y variantes de la tesis en cuestión: sustancialmente, dicha tesis afirma que la presencia de un juez dotado de poderes de instrucción autónomos sería uno de los indicadores seguros de que nos encontramos en un sistema autoritario, mientras que un sistema auténticamente liberal no debería atribuir al juez ningún poder de iniciativa instructoria. No está claro, en los términos en que usualmente se afirma esta tesis, si se entiende que sería autoritario y antiliberal *el proceso* en el cual el juez dispusiera de poderes de instrucción, o si se debe considerar como autoritario, totalitario y antiliberal también *el sistema político* en el que tales poderes estuvieran atribuidos al juez civil. En la primera hipótesis, todo el discurso corre el riesgo de reducirse a un juego circular de definiciones: ciertamente, se puede estipular convencionalmente llamar "autoritario" al proceso en el cual el juez tenga poderes de instrucción, y llamar "liberal" al proceso en el cual el juez esté privado de tales poderes[8]. Este segundo uso lingüístico es bastante común, aunque puede sonar incongruente definir de una manera simplista como "liberal" un proceso caracterizado por el monopolio de los medios de prueba por las partes, dado que un proceso de estas características podría ser "antiliberal" desde otros puntos de vista, al no asegurar, por ejemplo, la independencia del juez[9]. El primer uso lingüístico es todavía más incongruente porque un proceso en el que el juez disponga de poderes de instrucción no implica un "autoritarismo" procesal, siendo posible configurar tales poderes como puramente supletorios y complementarios respecto a los de las partes, y pudiendo el juez desempeñar un papel secundario, o marginal, en la recolección de las pruebas[10]. Por otro lado, como ocurre a menudo, el juez

---

[4] *Cfr.,* en efecto, CAVALLONE, 1991: *Il giudice e la prova nel processo civile,* Padua, pp. 44 y ss., 83 y ss.

[5] *Cfr.,* en particular, CIPRIANI, 1995: «Nel centenario del regolamento di Klein (Il processo civile tra libertà e autorità)», en *Riv. dir. proc.,* pp. 969 y ss.; CIPRIANI, 2003: «I problemi della giustizia civile tra passato e presente»,en *Riv. dir. civ., I,* pp. 39 y ss.; CIPRIANI, 2002: «Il processo civile italiano tra efficienza e garanzie», en *Riv. tri. dir. proc. civ.,* pp. 1243 y ss.; CIPRIANI, 2003: «Il processo civile tra vecchie ideologie e nuovi slogan», en *Riv. dir. proc.,* pp. 455 y ss. *Cfr.* también MONTELEONE, 2003: «Principi e ideologia del processo civile: impressioni di un "revisionista"», en *Riv. tri. dir. proc. civ.,* pp. 575 y ss.; MONTELEONE: *L'attuale dibattito sugli "orientamenti pubblicistici" del processo civile,* en www.Judicium.it; MONTELEONE, 2000: *Diritto processuale civile,* Padua, pp. XI y ss., 10 y ss., 328 y ss.

[6] *Cfr.,* en particular, MONTERO AROCA, 2004: «Il processo civile "sociale" come strumento di giustizia autoritaria», en *Riv. dir. proc.,* pp. 552 y ss. (al respecto *vid.* la *Postilla* di VERDE, *ibidem,* pp. 580 y ss.); MONTERO AROCA, 2001: «Los poderes del juez en el proceso civil. Las ideologías autoritarias y la pérdida de sentido de la realidad», en *Rev. Ur. Der. Proc.,* pp. 262 y ss.; MONTERO AROCA, 2001: *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los poderes del juez y la oralidad,* Valencia (al respecto *vid.* los comentarios de VERDE, 2002: «Le ideologie del processo in un recente saggio», en *Riv. dir. proc.,* pp. 676 y ss.).

[7] *Cfr.,* por ejemplo, ALVARADO VELLOSO, 2004: *Debido proceso versus pruebas de oficio,* Bogotá, *passim.*

[8] La circularidad del argumento es evidente: si se parte de la premisa de que es autoritario el proceso en el que el juez dispone de poderes de instrucción, se sigue que, si un juez dispone de poderes de instrucción, entonces el proceso en cuestión es autoritario.

[9] Es el caso del ordenamiento italiano del año 1865, en el cual, junto a un código procesal "liberal", existe un ordenamiento judicial que somete la magistratura a las influencias del poder político (*cfr.,* también para indicaciones ulteriores, TARUFFO, 1980: *La giustizia civile in Italia dal '700 a oggi,* Bolonia, pp. 138 y ss.).

[10] En este sentido, *cfr.* COMOGLIO, 1996: pp. 57 y ss.

puede dejar de ejercer dichos poderes, con lo cual realmente no tendría una gestión autoritaria de la instrucción probatoria. En cualquier caso, esta manera de utilizar el lenguaje no es del todo neutral, en virtud de la valoración negativa que conlleva utilizar el término "autoritario" referido al proceso en el que el juez esté dotado con poderes de instrucción, y la valoración positiva que conlleva utilizar retóricamente el término "liberal" referido a un proceso en el que el juez esté privado de tales poderes[11]. Se trataría, por tanto, de un juego de definiciones estipulativas que no es particularmente útil, pero tampoco inocuo: en todo caso es oportuno no utilizar definiciones de este tipo, ya que son fuente de confusiones y malentendidos.

La segunda de las hipótesis mencionadas anteriormente, es decir, aquella según la cual habría una conexión directa entre la presencia de poderes de instrucción del juez y la naturaleza autoritaria del sistema político en el que tales poderes estuvieran previstos, parece tener un contenido más serio y exigente, por lo que requiere algunas consideraciones ulteriores. La manera en que usualmente se presenta esta hipótesis genera perplejidades por varias razones, relativas especialmente a la falta de una teoría política creíble y suficientemente articulada. Por ejemplo, no se distingue a menudo entre los diversos tipos de regímenes políticos que, en cada caso, se califican como autoritarios, tratando conjuntamente cosas diferentes como el fascismo, el comunismo, el socialismo[12], el Estado asistencial e intervensionista, el Estado social y otros por el estilo. De este modo, la calificación de "autoritario" resulta tan vaga y genérica que resulta sustancialmente carente de sentido[13]. Por otra parte, no se distingue tampoco entre los distintos tipos de libera-

---

[11] En sentido análogo, *cfr.* GUZMÁN, 2004: «Algunos interrogantes difíciles de responder en la actividad probatoria del juez civil (Derecho Procesal Comparado español-argentino)», en *Rev. Der. Proc.* (núm. extraordinario), pp. 149 y ss.

[12] *Cfr.,* por ejemplo, MONTERO AROCA, 2001b: p. 54, quien coloca en el mismo plano la *Zivilprozessordung* austriaca del 1895, definida como "antiliberal y autoritaria", debido a su inspiración genéricamente socialista, los códigos procesales de los países comunistas, y el código italiano de 1940, definido de manera apodíctica como «típicamente fascista, inmerso en esa concepción política». En lo que concierne al código austriaco, en efecto, es cierto que atribuyó importantes poderes de dirección formal y material del proceso al juez (*vid.*, por todos, RECHSBERGER-KODEK, 2004: «L'ordinanza della procedura austriaca del 1895», en *Ordinanza della procedura civile di Francesco Giuseppe. 1895,* Milán, pp. XXVIII y ss.); sin embargo, falta por determinar si la concepción de la función social del proceso típica de KLEIN fue verdaderamente autoritaria, como considera CIPRIANI, 1995: pp. 977 y ss., o bien si simplemente estuvo orientada a la creación de un instrumento procesal rápido y eficiente (respecto a las orientaciones políticas y culturales de KLEIN, *vid.*, en todo caso, a CONSOLO, «Il duplice volto della "buona" giustizia civile tardo-asburgica e del suo rigeneratore», en RECHSBERGER-KODEK, 2004: pp. XLVI y ss.). En cuanto al origen del código austriaco del año 1895, CIPRIANO, *ibidem,* pp. 975 y ss., considera que éste deriva directamente de un modelo de proceso «claramente antiliberal y autoritario» como el previsto en el Reglamento de Giuseppe II en el año 1781. No parece que esta valoración esté fundada. En realidad, tanto el reglamento "Giuseppino", como el posterior *"galiziano",* no seguían en absoluto un modelo basado en los poderes del juez: por el contrario, todas las iniciativas procesales se dejaban a las partes, mientras que el juez tenía un papel indiscutiblemente pasivo (*vid.* más ampliamente TARUFFO, 1980: p. 38 y, respecto al reglamento *"galiziano"* entrado en vigor en la Italia del norte en el año 1815, TARUFFO, 2003: «Il processo civile nel Lombardo-Veneto», en *Regolamento generale del processso civile del Regno Lombardo-Veneto. 1815,* Milán, pp. XIV, XXVI. En sentido análogo *cfr.* SPRUNG, 1979: «Le basi del diritto processuale austriaco», en *Riv. dir. proc.,* p. 31, quien define como "liberal" el proceso en cuestión. Por tanto, si fuese verdadero, como afirma CIPRIANI, que el código de 1895 deriva directamente de estos precedentes, habría que concluir que se trata de un código sustancialmente liberal. Por el contrario, lo cierto es que ese código no deriva en absoluto de los Reglamentos citados, precisamente porque atribuye al juez un papel activo en la conducción del proceso y en la adquisición de las pruebas que aquéllos no prevén.

En cuanto a la pretendida naturaleza fascista del código procesal italiano *vid. infra,* apartado 2.

[13] En sentido análogo, *cfr.* VERDE, 2002: pp. 679 y ss.

lismo, con lo cual no se entiende si se habla de la concepción de NOZICK, de RAWLS [14], de MATEUCCI, de MALAGODI o de cualquier otro exponente de la teoría política liberal. En realidad, quienes sostienen esta posición no se interesan por la teoría política y mucho menos se preocupan por definir los conceptos políticos que emplean [15]. Sin embargo, resulta claro cuál es el tipo de sistema objeto de sus preferencias: éste es —genéricamente— el de los sistemas del siglo XIX en los que estaban vigentes las concepciones del proceso civil típicas del individualismo propietario [16], con la exaltación de la autonomía de las partes como valor absoluto y prioritario, a cumplir a cualquier costo y a privilegiar respecto de cualquier exigencia de funcionalidad y de eficiencia del procedimiento [17].

Por lo demás, no se tiene en cuenta que la contraposición fundamental, como se desprende de la obra clásica de NEUMANN, no es entre liberalismo y autoritarismo, sino entre Estado democrático y Estado autoritario [18]. La diferencia es importante porque han existido sistemas políticos que se inspiraban en determinados aspectos de la ideología liberal pero que ciertamente no podían definirse como democráticos. La Italia de la segunda mitad del ochocientos —a la que hacen referencia algunos defensores del *revival*— era en ciertos aspectos "liberal", especialmente en el ámbito de la justicia civil, dado que el juez que se configuró en el código procesal de 1865 era sustancialmente pasivo y no disponía de poderes de instrucción autónomos [19]. Sin embargo, el régimen de la época no era ciertamente democrático, dado que —por mencionar uno sólo de sus aspectos— el derecho de voto correspondía solamente a un porcentaje reducido de ciudadanos varones. Por otro lado, han existido varios regímenes autoritarios en los que el proceso civil se basaba en el monopolio de las partes respecto de la conducción del proceso y de la disponibilidad de los medios de prueba: basta pensar en el código napoleónico del año 1806 [20], que serviría después como modelo de numerosas codificaciones del siglo XIX, en el Reglamento procesal austriaco del año 1815 [21], en la Italia fascista, donde hasta el año 1942 permaneció en vigor el código "liberal" de 1865, o en la España franquista, en la que permaneció en vigor la "liberal" Ley de enjuiciamiento civil del año 1881. Por el contrario, existen numero-

---

[14] Para confirmar la imposibilidad de hablar genéricamente de liberalismo, sin mayores precisiones, se pueden recordar las críticas que un hiper-liberal como NOZICK dirige a un liberal como RAWLS: *cfr.* al respecto, también para mayores referencias, GARGARELLA, 1999: *Las teorías de las justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política,* Barcelona-Buenos Aires-México, pp. 45 y ss.

[15] Para una crítica análoga, *cfr.* OTEIZA, 2002: «El juez ante la tensión entre libertad e igualdad», en *Rev. der. Proc.* (núm. extraordinario), p. 220.

[16] No es casual que uno de los defensores del planteamiento que se discute en el texto considere que el proceso civil esté relacionado principalmente con la propiedad: *cfr.* MONTERO AROCA, *Los poderes del juez,* cit., p. 262.

[17] En lo que se refiere a España, *cfr.,* por ejemplo, MONTERO AROCA, 2001b: pp. 29 y ss., con referencias a las codificaciones españolas del siglo XIX. A propósito de Italia *vid. infra* en el texto.

[18] *Cfr.* NEUMANN, 1973: *Lo stato democratico e lo stato autoritario,* tr. it. Bolonia. No es casual que NEUMANN no haga referencia alguna al tema de los poderes del juez al delinear las características del Estado democrático y el Estado autoritario, ni siquiera cuando discute la función de la magistratura en MONTESQUIEU y en las experiencias políticas posteriores (pp. 240 y ss.).

[19] *Cfr.* TARUFFO, 1980: pp. 114 y ss., 117, 119; TARUFFO, 2005: «Giuseppe Pisanelli e il codice di procedura civile del 1865», en *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione,* a cargo de C. VANO, Nápoles, p. 91.

[20] Observa correctamente OTEIZA, 2002: pp. 218, que Napoleón tenía una concepción imperial, que no obstante no le impidió realizar una legislación de inspiración liberal.

[21] *Cfr.* TARUFFO, 2003: pp. XIII y ss.

sos sistemas democráticos en los cuales el juez dispone de amplios poderes de instrucción, como ocurre por ejemplo en Francia, en Suiza y en Alemania[22]. En síntesis: es cierto que algunos sistemas que se inspiraron en la ideología liberal clásica produjeron ideologías procesales basadas en la presencia de un juez pasivo y en la reserva para las partes del monopolio de todos los poderes procesales y probatorios: es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en los Estados Unidos con la configuración del *adversarial system of litigation*[23], en Italia con la codificación procesal del año 1865[24] y en prácticamente todas las codificaciones procesales del siglo XIX. No es cierto, en cambio, que *solamente* los regímenes *soi-disants* liberales tengan o hayan tenido sistemas procesales con un juez carente de poderes de instrucción. Por el contrario, es verdad que algunos regímenes autoritarios, como el soviético[25], han extendido de forma considerable los poderes de instrucción del juez, pero también es verdad que *no todos* los regímenes autoritarios lo han hecho, como lo demuestran los ejemplos mencionados de la Italia fascista, la Alemania nazista y la España franquista. También es verdad, por otra parte, que muchos regímenes no autoritarios —como se verá— han introducido importantes poderes de iniciativa instructoria de oficio. El hecho es que se han introducido poderes de instrucción del juez en *algunos* regímenes autoritarios, y en *muchos* regímenes democráticos, cuando estos últimos han abandonado la ideología liberal clásica para seguir ideologías más evolucionadas en las que se configura un papel activo del Estado en el gobierno de la sociedad. Si estas ideologías son o no autoritarias es —una vez más— un problema de definiciones o —si se toma en serio— un problema de teoría política que no puede ser afrontado adecuadamente en este lugar: en todo caso, sigue siendo paradójica la tesis según la cual existirían sistemas democráticos que admiten modelos de proceso civil de carácter autoritario.

Este tipo de consideraciones generales serían probablemente suficientes para demostrar que ecuaciones del tipo «poderes de instrucción del juez = régimen autoritario» y «juez pasivo = régimen liberal» son vagas y genéricas y se reducen a eslóganes polémicos carentes de valor científico[26]. No obstante, dado que estas ecuaciones corresponden a actitudes bastante difundidas, vale la pena verificar si tienen algún fundamento desde un punto de vista comparado e histórico.

2. TIPOLOGÍA DE LOS PODERES DE INSTRUCCIÓN DEL JUEZ

Limitando el análisis a los principales ordenamientos europeos, conviene distinguir al menos tres tipos de enfoques legislativos al problema de los poderes de instrucción del juez.

---

[22] *Vid. infra,* apartado 2.

[23] *Cfr.* TARUFFO, 1979: *Il proceso civile "adeversary" nell'esperienza americana,* Padua, pp. 259 y ss.

[24] *Vid. supra,* n. 19.

[25] *Vid. infra,* apartado 2.

[26] Algunas de las reacciones críticas suscitadas por el planteamiento del que se habla en el texto se plantean sustancialmente en este sentido. *Cfr.* en particular, BARBOSA MOREIRA, 2005: «O neoprivatismo no processo civil», en *Rev. iberoam. der. proc.,* n. 7, pp. 13 y ss.; PARRA QUIJANO, 2004: *Racionalidad e ideología en las pruebas de oficio,* Bogotá, pp. 9 y ss., 51 y ss.; SIMONA PINO, 2005: «El Dilema entre el Juez Activo y el Juez Autoritario», en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal,* Bogotá, pp. 815 y ss.; OTEIZA, 2002: pp. 216 y ss.

a) Un primer modelo está representado por los ordenamientos en los que el juez cuenta con un *poder general* para disponer de oficio la adquisición de las pruebas, no propuestas por las partes, que considere útiles para la determinación de los hechos.

En este punto, sin embargo, hace falta introducir una distinción adicional, indispensable ya sea desde una perspectiva sistemática o desde un punto de vista ideológico. En efecto, es necesario precisar si el juez tiene un *deber* de recabar de oficio todas las pruebas relevantes o bien si tiene simplemente el *poder* de proceder en este sentido.

a1) La primera situación era típica de los ordenamientos de tipo soviético, en los que —en homenaje a una peculiar concepción filosófica de la verdad derivada de la doctrina del materialismo dialéctico y a una teoría del proceso en la que la decisión judicial debía fundarse en la verdad "material" de los hechos— se imponía al juez el *deber* de investigar de oficio dicha verdad. Incluso se preveía la nulidad de las sentencias en las cuales no se hubiese averiguado la verdad material[27].

a2) La segunda situación, es decir, aquella en la que el juez tiene un *poder discrecional general* para disponer de oficio la adquisición de pruebas no propuestas por las partes, está presente en varios ordenamientos de tipo no soviético. Un caso particularmente interesante es el de Francia, donde el art. 10 del *code de procédure civile,* ubicado en la parte referida a los *principes directeurs du procès,* establece que el juez *«a le pouvoir d'ordonner d'office toutes les mesures d'instruction légalement admisibles».* Se trata evidentemente de un poder discrecional y no de un deber: sin embargo, el juez francés tiene la posibilidad de disponer la adquisición de todos los medios de prueba admisibles que considere útiles para establecer la verdad de los hechos, yendo más allá de las propuestas de las partes[28]. De acuerdo con la tesis antes señalada, estaríamos en presencia de un sistema claramente autoritario e incluso fuertemente autoritario, dada la extensión general de los poderes de instrucción atribuidos al juez; sin embargo, una tesis de este tipo parece evidentemente absurda. En el ámbito del proceso, en efecto, el legislador francés no solamente cumple rigurosamente con el principio dispositivo (*cfr.* por ej. los arts. 1, 4 y 5 del código)[29], sino que cumple de manera particularmente intensa con el principio de contradicción (*cfr.* los arts. 14 y 16)[30] y con una tutela de los derechos de las partes más amplia que la que existe en muchos otros ordenamientos, incluso en el nuestro. Por otro lado, el poder atribuido al juez francés de disponer de oficio la adquisición de todas las pruebas admisibles forma

---

[27] Sobre esta concepción y sus implicaciones filosóficas, *cfr.* DENTI, 1989: *La giustizia civile. Lezioni introduttive,* I ed., Bolonia, p. 66; TARUFFO, 1970: *Studi sulla rilevanza della prova,* Padua, pp. 139 y ss. (también para ulteriores indicaciones bibliográficas). *Cfr.* ADEMÁS GURVIC, 1976: «Introduzione: profili generali del processo civile sovietico», en *Richerche sul processo. 1-Il processo civile sovietico,* Padua, pp. 11, 19; 1971: *Derecho procesal civil soviético,* tr. esp. México, p. 42.

[28] *Cfr.,* por ejemplo, FERRAND, 2005: «The Respective Role of the Judge and the Parties in the Preparation of the Case in France», en *The Reforms of Civil Procedure in Comparative Perspective,* a cargo de N. TROCKER y V. VARANO, Turín, pp. 27 y ss.; CADIET-JEULAND, 2004: *Droit judiciaire privé,* 4.ª ed., Paris, pp. 437 y ss.; VINCENT-GUINCHARD, 2003: *Procédure civile,* 27.ª ed., París, p. 541; CORNU-FOYER, 1996: *Procédure civile,* 3.ª ed., París, p. 450.

[29] *Cfr.,* por ejemplo, FERRAND, 2005: p. 9; CADIET-JEULAND, 2004: 397 y ss.; VINCENT-GUINCHARD, 2003: pp. 514 y ss.; CORNU-FOYER, 1996: pp. 438 y ss.

[30] *Cfr.,* por ejemplo, FERRAND, 2005; CADIET-JEULAND, 2004: pp. 374 y ss.; VINCENT-GUINCHARD, 2003: pp. 543 y ss.; CORNU-FOYER, 1996: pp. 466 y ss.

parte de una tendencia más general, históricamente destacable en Francia, en el sentido de acentuar el papel del juez en el proceso civil[31], que sin embargo no parece haber conducido a resultados autoritarios[32], sino que más bien parece indispensable para realizar una gestión eficiente del proceso civil[33]. Por otra parte, se trata de un poder *discrecional,* que el juez es indiscutiblemente libre de no usar si no advierte la necesidad o la oportunidad de ello. Es más, parece que los jueces franceses raramente lo utilizan[34], probablemente porque —como ciertamente ocurre en todos los sistemas procesales— las partes son activas al proponer todas las pruebas que necesitan para la determinación de los hechos, haciendo superflua la intervención del juez. No es casual que los manuales franceses —que no son sospechosos de simpatías autoritarias— dediquen una escasa atención al tema de los poderes de instrucción del juez[35]. Frente a una norma como la del art. 10, situada en el contexto global de la justicia civil francesa, parece difícil pensar que en los últimos treinta años —es decir, a partir de la entrada en vigor del *code de procédure civile*— Francia haya sido un régimen autoritario[36].

Del mismo modo, es difícil pensar que en los últimos sesenta años lo haya sido Suiza, donde el art. 37 de la ley procesal federal del 1947 prevé que el juez pueda ordenar pruebas no propuestas por las partes[37].

Surge a continuación otra complicación, derivada del hecho de que en varios ordenamientos procesales el juez tiene escasos poderes de instrucción, o no tiene ninguno, en el proceso ordinario, mientras que dispone de amplios poderes de iniciativa instructoria en algunos procesos especiales. Es lo que ocurre —naturalmente— en el proceso laboral en Italia y también en varios procesos especiales en España[38]. En estos casos se necesitaría pensar que el ordenamiento procesal —y también el correspondiente sistema político— están afectados por alguna forma de esquizofrenia, siendo liberales y autoritarios al mismo tiempo y en sectores diversos de la justicia civil.

b) Un segundo modelo, en el cual se inspiran la mayor parte de los ordenamientos actuales —entre los que se puede poner como ejemplo a Italia y Alemania—, prevé que el juez disponga de *algunos* poderes de iniciativa instructoria. Naturalmente estos

---

[31] *Cfr.,* por ejemplo, VINCENT-GUINCHARD, 2003: 22.ª ed., París 1991 (se omite tratar este punto en las ediciones más recientes), pp. 306 y ss., y en particular la obra clásica de NORMAND, 1965: *Le juge et le litige,* París, especialmente pp. 385 y ss.

[32] En el *code de procédure civile* se advierte más bien una solución de compromiso, que atenúa la tradición radicalmente liberal, combinando los poderes de las partes con la función del juez, que es promover la justicia con la obtención de la solución más correcta de la controversia. En este sentido, *cfr.* CADIET, 1999: «Civil Justice Reform: Access, Cost and Delay. The French Perspective», en *Civil Justice in Crisis. Comparative Perspectives of Civil Procedure,* ed. por A. ZUCKERMAN, Oxford, p. 316.

[33] *Cfr.,* por ejemplo, FERRAND, 2005: pp. 30 y ss.

[34] *Cfr.* BEARDSLEY, 1986: «Proof of Fact in French Civil Procedure», en 34 *Ad. J. Comp. L.,* pp. 489 y ss.

[35] En la edición del año 2003 de uno de los principales manuales franceses (o sea: VINCENT-GUINCHARD, *op. cit.*) se dedican a este punto siete líneas en la p. 541, y una línea y media en la p. 809.

[36] En sentido análogo, *cfr.* BARBOSA MOREIRA, 2005: p. 18.

[37] *Cfr.* BARBOSA MOREIRA, 2005: p. 17.

[38] *Cfr.,* al respecto, 2003: *Los Poderes del Juez Civil en Materia probatoria,* a cargo de ABEL LLUCH, X., y PICÓ I JUNOY, J., Barcelona, pp. 67 y ss. Del mismo modo, en el proceso laboral español el juez dispone de amplios poderes de instrucción con las diligencias para mejor proveer previstas en el art. 88 de la Ley de procedimiento laboral de 1990.

poderes pueden ser más o menos numerosos o más o menos amplios dependiendo del caso. Sin embargo, hay una clara tendencia al incremento de los poderes de instrucción del juez que se manifiesta también en Italia, por ejemplo, con la reciente introducción del art. 281 ter[39].

No es éste el lugar para extenderse sobre la naturaleza autoritaria o no autoritaria del proceso civil italiano. Quisiera únicamente insistir en la idea que expresé años atrás[40], y que aun hoy me parece adecuada, según la cual el código procesal civil no era en absoluto un código "fascista", salvo algunos oropeles retóricos que —quizás inevitablemente, dado que se trataba del año 1940— estaban presentes en la *Relazione*[41]. Frente al principio de disponibilidad de las pruebas previsto en el art. 115, y del reconocimiento del principio dispositivo por parte de normas como los arts. 99, 101 y 112, la atribución de algunos poderes de instrucción al juez fue modesta, limitada y ciertamente no llegó al extremo de hacer del juez el *dominus* absoluto y autoritario de la determinación de los hechos, como ha demostrado claramente la experiencia práctica de las décadas siguientes. En cuanto a las reformas más recientes, como la del año 1998 que introdujo el art. 281 ter, no se puede decir que hayan transformado el sistema procesal, vulnerando los derechos de las partes y dejándolos a merced de un juez inquisidor.

El juez alemán está dotado tradicionalmente de una gama bastante amplia de poderes de instrucción: sustancialmente, puede disponer de oficio todos los medios de prueba, con la única excepción de la prueba testimonial[42]. Por otra parte, en el caso de que las partes no hayan propuesto una prueba testimonial que el juez considere relevante, puede preguntarles si han considerado dicha posibilidad y por qué no lo han hecho[43], lo que puede inducir a las partes a proponer la prueba testifical que omitieron indicar. Los poderes de instrucción del juez alemán se incrementaron significativamente en el año 2001 con la introducción —en el § 142 de la *Zivilprozessordnung*— de la facultad de ordenar a las partes y a los terceros la exhibición de documentos a los que una de las partes haya hecho referencia y —en el § 144— de la facultad de

---

[39] En realidad, esta tendencia se manifiesta en Italia de manera muy esporádica y con efectos escasamente relevantes. Como observa correctamente COMOGLIO, 2004: p. 189; COMOGLIO, 1996: p. 62, las reformas del año 1990-91 y del año 1995 no han seguido esta tendencia, mientras que sí había tenido una importante confirmación con la reforma del proceso del trabajo.

[40] *Cfr.* TARUFFO, 1980: pp. 255 y ss., 286 y ss.; análogamente VERDE, 2002: pp. 680, 683, quien considera que el código es moderadamente autoritario, pero que indiscutiblemente no es totalitario.

[41] Con acierto destacaba SATTA, 1947: «In difesa del codice di procedura civile», en *Foro It.,* IV, 47, que podía ser fascista la *Relazione Grandi,* pero no el código. Para un reciente y esmerado análisis de la *Relazione Grandi,* orientado a demostrar que en ella había afirmaciones de tono fascista pero que no tuvieron, sin embargo, repercusión en el código, *cfr.* PARRA QUIJANO, 2004: pp. 51 y ss. En sentido análogo, *cfr.* también OTEIZA, 2002: pp. 217 y ss. También CIPRIANI («Piero Calamandrei, la relazione al re e l'apostolato di Chivenda», en CIPRIANI, 1997, *Ideologie e modelli del processo civile,* Nápoles, pp. 57 y ss.) pone de manifiesto el carácter fascista del lenguaje utilizado en la *Relazione,* pero con el objetivo —de sobra advertido— de mostrar la influencia del régimen de la época. Esto nos demuestra sin embargo que tal influencia se haya manifestado, además de en la *Relazione,* en los contenidos de la codificación procesal.

[42] *Cfr.,* por ejemplo, MURRAY-STÜRNER, 2004: *German Civil Justice,* Durham, N.C., p. 264. Para una amplia exposición, aunque no tan reciente, *cfr.* BRÜGGEMANN, 1968: *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess,* Bielefeld, pp. 350 y ss., 373 y ss.

[43] *Cfr.* los §§ 273(2)(4) y 373 de la *Zivilprozessordnung,* al respecto *cfr.,* por ejemplo, BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, 2005: *Zivilprozessordnung,* 63. Aufl., Munich, pp. 1075 y ss., 1477 y ss.

ordenar la práctica de inspecciones de cosas[44]. El juez alemán cuenta por tanto con un poder de iniciativa instructoria *casi-general.* Se trata ciertamente de un juez muy activo, tanto en la dirección del proceso como en la gestión de la fase de instrucción. Esta función ha ido extendiéndose progresivamente y reforzándose en virtud de las diversas reformas introducidas en el transcurso del siglo XX. Dichas reformas han estado dirigidas a reducir gradualmente el monopolio exclusivo del proceso y de las pruebas por las partes, que estaba previsto en la formulación originaria de la *Zivilprozessordnung* del año 1877, y a confiar al juez la tarea de conducir el proceso de manera eficiente, atribuyéndole los poderes necesarios a tal efecto[45]. No es posible recorrer aquí la compleja historia de las reformas procesales alemanas. Vale la pena subrayar, sin embargo, que se han llevado a cabo con independencia de la influencia de la ideología nacionalsocialista. Es cierto que el nazismo atribuyó al juez un papel central en la ideología del Estado, pero también es cierto que esto no afectó de manera directa y específica al tema de los poderes de instrucción del juez. Tampoco la reforma del año 1933, que incidió considerablemente en la estructura del proceso civil, incorporó novedades relevantes en este ámbito y fue, en todo caso, consecuencia de líneas de reforma maduradas con antelación, más que de la ideología nazi[46]. No puede decirse, por tanto, que el nazismo haya determinado el tránsito de una concepción "pasiva" (esto es, "liberal") a una concepción "activa" (y por tanto "autoritaria") de la función del juez, puesto que esta transformación se había producido en gran medida con las reformas del período liberal anterior a la instauración del régimen nazi. De manera más específica, tampoco puede decirse que el nazismo produjera una ampliación de los poderes de instrucción del juez[47]. Por otra parte, situándonos en tiempos más recientes, podría plantearse si la Alemania del año 2001, en la que se lleva a cabo una reforma que amplía significativamente dichos poderes, es un régimen autoritario que aspira a convertir al juez civil en la *longa manus* de un poder dictatorial en el proceso, de modo que el *Führerprinzip* no habría decaído nunca[48].

A propósito de los ordenamientos democráticos que atribuyen al juez algunos poderes de iniciativa instructoria, es oportuno también trasladarnos por un momento más allá de los confines europeos[49] para hacer alusión a un ordenamiento especial-

---

[44] *Cfr.* MURRAY-STÜRNER, 2004: pp. 242 y ss., 244 y ss.; BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS-HARTMANN, 2005: pp. 724 y ss., 730 y ss.; WALTER, «The German Civil Procedure Reform Act 2002: Much Ado About Nothing?», en *The Reforms of Civil Procedure,* pp. 75 y ss.; HANNICH-MEYER-SEITZ-ENGERS, 2002: *ZPO-Reform,* Colonia, pp. 190 y ss. Sobre la historia de la reforma del año 2001, *cfr. ibidem,* pp. 37 y ss.

[45] Para consultar exposiciones sintéticas sobre esta evolución histórica, que tuvo sus primeros pasos importantes en las reformas de 1902 y 1903, *cfr.* GOTTWALD, 1999: «Civil Justice Reform: Access, Cost and Expedition. The German Perspective», en *Civil Justice in Crisis,* pp. 226 y ss.; WALTER, 2005: pp. 67 y ss. *Cfr.* asimismo BRÜGGEMANN, 1968: pp. 53 y ss., 61 y ss.

[46] Sobre estos aspectos de las relaciones entre nacionalsocialismo y proceso civil, *vid.* BÖHM, 2004: «Processo civile e ideologia nello stato nazionalsocialista», tr. it. en *Riv. tri. dir. proc. civ.,* pp. 623 y ss. 627 y ss., 639.

[47] En sentido análogo, *cfr.* BARBOSA MOREIRA, 2005: p. 15.

[48] Podría formularse una duda análoga a propósito de las reformas que tuvieron lugar en los años 1902, 1909 y 1924 (sobre ello *vid.* GOTTWALD, 1999: pp. 227 y ss.; WALTER, 2005: pp. 68 y ss.), es decir, en épocas anteriores a la instauración del régimen nazi.

[49] En todo caso vale la pena señalar que en distintos ordenamientos procesales extraeuropeos surge la tendencia a extender los poderes de instrucción del juez, totalmente al margen de cualquier opción ideológica en sentido autoritario. Éste es el caso, por ejemplo, de Brasil (sobre el cual *vid.* BARBOSA MOREIRA, 2005: p. 19) y de otros sistemas de América Latina (sobre los que puede verse PARRA QUIJANO, 2004: pp. 67 y ss., 93 y ss.

mente importante (también desde la perspectiva de su ideología política subyacente), como es el caso del estadounidense. En efecto, vale la pena recordar que la *Rule* 614(a) de las *Federal Rules of Evidence* atribuye al juez la facultad para disponer de oficio pruebas testimoniales no propuestas por las partes, mientras que la *Rule* 614(b) le atribuye la facultad de interrogar a los testigos, propuestos por las partes o llamados de oficio por el propio juez. Además, la *Rule* 706 le atribuye la facultad para ordenar de oficio peritajes técnicos, designando a los expertos[50]. La primera facultad mencionada se ejerce en raras ocasiones[51], aunque los jueces la utilizan cuando un testigo dispone de informaciones relevantes y ninguna de las partes lo llama a declarar, o bien cuando el juez no desea limitarse a la forma en que las partes han planteado la controversia[52]. El poder para ordenar peritajes técnicos es utilizado más a menudo, principalmente con el objetivo de corregir las distorsiones que puedan provocarse por la utilización de los peritos de partes[53]. En todo caso, se trata de poderes de instrucción de notable importancia. Sin embargo, no hay duda de que el proceso estadounidense ha mantenido su intrínseco carácter *adversarial*[54], de la misma manera en que que no parece que en el año 1975 —año de la introducción de las *FRE*— o en décadas posteriores, Estados Unidos se haya transformado en un sistema político autoritario.

c) Finalmente —y con esto llegamos al tercer modelo— existen ordenamientos en los que no están previstos de manera expresa verdaderos poderes de iniciativa instructoria por parte del juez, pero en los que, sin embargo, el juez desempeña un papel activo en la adquisición de las pruebas. Los ejemplos relevantes en este sentido son especialmente dos: el inglés y el español.

En Inglaterra, la tradición plurisecular disponía que el juez no ordenara nunca la práctica de pruebas por iniciativa propia, sino que indicara a las partes las pruebas que considerase oportunas para que aquéllas las propusieran[55]. Las *Civil Procedure Rules* del año 1998 transformaron radicalmente el sistema procesal inglés, atribuyendo al juez amplios e intensos poderes para la dirección del proceso[56], pero en lo que se refiere a la adquisición de las pruebas no se han alejado de la mencionada tradición.

---

[50] Sobre estas normas *cfr.,* por ejemplo, GRAHAM, 2003: *Federal Rules of Evidence,* 6.ª ed., Minn., St. Paul, pp. 302 y ss., 363 y ss.; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, 2002: *Federal Rules of Evidence Manual,* 8.ª ed., vol. 3, pp. 614-2, 706-3 y ss.

[51] Es más, se afirma que los jueces deberían ejercerla solamente en situaciones excepcionales, para no interferir con las actividades probatorias de las partes: *cfr.,* por ejemplo, GRAHAM, 2003: p. 302; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, 2002: vol. 3, pp. 614-3.

[52] *Cfr.* SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, 2002: vol. 3, pp. 614-2 y ss.

[53] *Cfr.* GRAHAM, 2003: pp. 364 y ss.; SALTZBURG-MARTIN-CAPRA, 2002: vol. 3, pp. 706-3.

[54] En realidad el carácter *adversarial* del proceso estadounidense depende de actitudes profundamente arraigadas en la cultura jurídica y social norteamericana, que impregnan todos los sectores del Derecho. Al respecto, *cfr.* en particular KAGAN, 2001: *Adversarial Legalism. The American Way of Law,* Cambridge, Mass.-Londres, pp. 3 y ss., 9 y ss., 14 ss., 34 y ss., 44 y ss. Sobre el carácter *adversarial* de la justicia civil estadounidense y sobre los inconvenientes que derivan de ello, *vid.*, en particular, KAGAN, 2001: pp. 99 y ss.

[55] *Cfr.* VARANO, 1973: *Organizzazione e garanzie della giustizia civile nell'Inghilterra moderna,* Milán, p. 255, quien recuerda sin embargo (VARANO, 1973: p. 252) que el juez inglés dispone de la facultad para ordenar de oficio la práctica de pruebas testificales, aunque la utilice con muy poca frecuencia. Se considera, en general, que el juez puede llamar a un testigo por iniciativa propia, pero sólo si las partes lo aceptan: *cfr.* CROSS & TAPPER, 2004: *On Evidence,* 10.ª ed., London, p. 308.

[56] *Cfr.* PASSANANTE, 2000: «La riforma del processo civile inglese: principi generali e fase introduttiva», en *Riv. tri. dir. proc. civ.,* pp. 1363 y ss.; ZUCKERMAN, 2003: *Civil Procedure,* Londres, pp. 34 y ss.; ANDREWS, 2000: «A New Civil Procedural Code for England: Party-Control "Going, Going, Gone"», en

Paradójicamente, pues, podría hablarse de un sistema procesal que se ha convertido en "autoritario" pero que no ha atribuido al juez poderes autónomos de iniciativa instructoria. En las *Rules,* en efecto, no hay norma alguna que permita al juez ordenar de oficio la práctica de pruebas. No obstante, de acuerdo con la *Rule* 32.1 el juez puede *control the evidence* indicando a las partes las cuestiones de hecho sobre las que requiere que se propongan pruebas, especificando el tipo de pruebas que deben proponerse y la manera en que deben practicarse en el juicio [57]. Por otra parte, con arreglo a la *Rule* 32.4 el juez puede establecer si, y de qué manera, pueden llevarse a cabo declaraciones testificales por escrito [58]; conforme a la *Rule* 32.5 puede asimismo autorizar al testigo para que amplíe el objeto de su declaración. Adicionalmente, hay otras normas que destacan a los efectos de definir la función del juez: así, por ejemplo, la *Rule* 18.1(1) admite que el juez puede ordenar a las partes que proporcionen aclaraciones e informaciones adicionales, incluso sobre aspectos no contenidos en el *statement of case* [59]; la *Rule* 35.9 autoriza al juez a ordenar a una de las partes que proporcione información de la que la otra parte no dispone, y la *Rule* 35.15 autoriza al juez para nombrar *assessors* expertos cuando se trata de decidir sobre cuestiones que requieren conocimientos específicos [60].

El juez inglés cuenta pues con diversos poderes que podrían definirse como «de dirección y control» sobre la adquisición de las pruebas, cuya intensidad no es sustancialmente menor a la de los poderes de los que dispone la mayor parte de los jueces continentales. Por otro lado, dichos poderes se le han conferido en la línea de la tradición inglesa pero en el ámbito de un verdadero código de procedimiento civil que ha situado al juez en el centro del funcionamiento del proceso [61], garantizando al mismo tiempo de una manera rigurosa la tutela de los derechos de las partes [62]. Habría que preguntarse, pues, si repentinamente —y sin que nadie se haya percatado de ello— Inglaterra se convirtió en el año 1998 en un régimen político autoritario, bajo la guía de un ideólogo peligroso como Lord Harry Woolf.

España es también, en muchos aspectos, un "caso" interesante. Por un lado, un código típicamente liberal como la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 preveía en el art. 240 las diligencias para mejor proveer, es decir, un poder de iniciativa instructoria que podía utilizar el juez, antes de la sentencia, en caso de que considerara necesario complementar las pruebas proporcionadas por las partes [63]. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil, promulgada en el año 2000, elimina dicho poder —reduciendo por tanto el ámbito de iniciativa del juez— y establece únicamente, en su art. 435, una

---

19 *CJQ,* pp. 19 y ss.; ANDREWS, 2003: *English Civil Procedure. Fundamentals of the New Civil Justice System,* Oxford, pp. 333 y ss.

[57] *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: pp. 375 y ss., 604, 663 y ss.; ANDREWS, 2003: p. 778.

[58] *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: p. 603.

[59] *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: p. 219; ANDREWS, 2003: p. 41.

[60] *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: p. 640.

[61] *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: pp. 34 y ss.; ZUCKERMAN, «Court Control and Party Compliance-The Quest for Effective Litigation Management», en *The Reforms of Civil Procedure,* cit., pp. 148 y ss.

[62] *Cfr.* ZUCKERMAN, 2003: pp. 51 y ss., 95 y ss., 101 y ss.

[63] Observa correctamente FAIRÉN GUILLÉN [*La ley de enjuiciamiento civil de 1881, invariante española (1881-2000)*, en 2001: *Ley de enjuiciamiento civil 1881,* Milán, pp. XXIX y ss.] que se trataba de un proceso de corte típicamente liberal, en el que se atribuía al juez un papel muy reducido, pero con un "tracto inquisitivo final", representado precisamente por las diligencias para mejor proveer.

diligencia final en la que el juez puede disponer de oficio que se vuelvan a practicar pruebas practicadas en el proceso si su resultado no ha sido satisfactorio[64]. No obstante, esto no implica que el juez español haya sido reducido realmente a un estado de total pasividad en lo que se refiere a la adquisición de las pruebas. En efecto, el art. 429 de la LEC le atribuye la facultad de indicar a las partes la prueba o pruebas cuya práctica considera conveniente, cuando estime que las pruebas alegadas por las partes puedan resultar insuficientes para la determinación de los hechos[65]. En tal caso, el juez indica a las partes los hechos que considera podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, pudiendo señalar también —sobre la base de lo que se desprende del expediente de la causa— qué pruebas deberían ser practicadas. Esta norma es el fruto de un compromiso entre tendencias diversas relativas a la definición de la función del juez en el proceso civil[66]. Sin embargo, resulta interesante por lo siguiente: es cierto que prevé únicamente una especie de sugerencia que el juez dirige a las partes, pero también es evidente que dicha sugerencia está dotada de una importante fuerza persuasiva[67]. Así pues, el juez español —al igual que el inglés y el alemán— tiene la posibilidad de hacer que las partes propongan las pruebas que él considere relevantes para la decisión. No obstante, es del todo claro que la LEC del 2000 no ha sido fruto de una visión autoritaria del proceso civil[68]. Del mismo modo, resulta absurda la hipótesis de que en dicho año España tuviera un régimen político autoritario.

3. IMPLICACIONES IDEOLÓGICAS

Cuanto se ha dicho hasta el momento demuestra, más allá de toda duda razonable, que no existe ninguna conexión entre la atribución al juez de poderes más o menos amplios de iniciativa instructoria y la vigencia de regímenes políticos autoritarios y antidemocráticos. El análisis comparado muestra, en efecto, que en los principales ordenamientos europeos —respecto a cuyo carácter democrático no es posible tener dudas sensatamente— se configura una función activa del juez en la adquisición de las pruebas relevantes para la determinación de los hechos. Podrá decirse que estos ordenamientos no se inspiran en una ideología liberal clásica, es decir, propia del siglo XIX, dado que en muchos de ellos el Estado asume un papel activo en numero-

---

[64] *Cfr.* ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 105 y ss.; PICÓ I JUNOY, 2003: «Los principios del nuevo proceso civil español», en *Rev. Per. Der. Proc.,* VII, p. 418; VÁZQUEZ SOTELO, 2000: «Las diligencias finales», en *Instituciones del Nuevo Proceso Civil,* Barcelona, vol. II, pp. 549 y ss., quien critica decididamente el corte restrictivo de la norma en cuestión; en sentido igualmente crítico, *cfr.* DÍAZ FUENTES, 2004: *La prueba en la nueva Ley de enjuiciamiento civil,* 2.ª ed., Barcelona, pp. 108 y ss., donde se habla de un retroceso de la legislación que termina con la eliminación —debida a una exageración del principio dispositivo— de un instituto procesal eficiente, y con la transformación del juez en una "esfinge inerte".

[65] *Cfr.* ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 43 y ss.; PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 419 y ss.; GUZMÁN, 2004: pp. 165 y ss.

[66] *Cfr.* ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY, 2003: p. 33. Es indiscutible, no obstante, que el nuevo proceso civil español cumple plenamente con el principio dispositivo: *vid.*, por todos, PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 412 y ss.

[67] En el sentido que la norma establece un verdadero poder de instrucción del juez, *cfr.* PICÓ I JUNOY, 2003: pp. 419 y ss., quien critica la opinión predominante en la doctrina española, según la cual no se trataría de una iniciativa instructoria en sentido estricto.

[68] Por el contrario, se afirma que es la expresión de una concepción «liberal y garantista»: *cfr.* MONTERO AROCA, 2001b: pp. 57 y ss. En particular, se excluye que el art. 429, mencionado en el texto, sea el fruto de una visión autoritaria: *cfr.* en este sentido, ABEL LLUCH y PICÓ I JUNOY, 2003: p. 35.

sos aspectos de la vida social; pero éste es un problema distinto, que atañe en general a la función del Estado, tal como ha venido definiéndose en todos los ordenamientos modernos. Una vez más, no obstante, es imprescindible evitar confusiones conceptuales e ideológicas: es posible que un sistema no se inspire en la ideología liberal siglo XIX sin que por ello deje de ser democrático, y sobre todo sin resultar autoritario o totalitario solamente porque atribuye al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas.

También para este fin es oportuno un uso preciso y riguroso de los conceptos: un juez potencialmente "activo" para complementar las iniciativas probatorias de las partes, dentro de un contexto procesal en el que estén aseguradas las garantías de las partes en el ámbito de un sistema político democrático, y un juez inquisidor en el marco de un sistema político y procesal de carácter autoritario, son cosas completamente distintas [69]. El primer caso se presenta —como se ha visto— en los ordenamientos procesales modernos, en los que se cumple con el principio dispositivo, las garantías de defensa y el principio de contradicción, pero en los que el juez dispone de poderes más o menos amplios de iniciativa instructoria. El segundo caso, en realidad, no se presenta en ninguno de los ordenamientos europeos, ni en la mayor parte de los ordenamientos extraeuropeos. La diferencia entre un juez "activo" y un juez "autoritario" se constata por el hecho de que la función "activa" del juez respecto a la adquisición de las pruebas se configura claramente como complementaria y supletoria respecto a la actividad probatoria de las partes, de modo que cuando éstas ejercen completamente su derecho a proponer todas las pruebas disponibles y, por tanto, proporcionan al juez elementos suficientes para la determinación de los hechos —como ocurre frecuentemente en la práctica— no hay ninguna necesidad de que el juez ejercite sus poderes. Sería completamente distinta una función inquisitoria y autoritaria de un juez que recabara las pruebas de oficio, por iniciativa propia y expropiando a las partes los derechos y las garantías que les corresponden en el ámbito del proceso. Sin embargo, no hay indicio alguno de una función semejante en los ordenamientos modernos.

Lo anterior no demuestra, sin embargo, que la atribución al juez de poderes de instrucción sea fruto de una opción exclusivamente "técnica" y carente de implicaciones ideológicas [70]. Por el contrario: decidir si deben atribuirse exclusivamente a las partes todos los poderes de iniciativa instructoria, o si pueden o deben atribuirse al juez poderes de iniciativa instructoria más o menos amplios, deriva de una elección de carácter sustancialmente ideológico. Sin embargo, las ideologías que aquí están en juego no son las que inspiran las concepciones políticas generales dominantes en los sistemas en los que el legislador se ocupa de la cuestión. En particular, no se trata de un contraste entre ideologías vagamente "liberales" e ideologías genéricamente "autoritarias". El problema se ubica, en cambio, en un contexto ideológico mucho menos vago, que atañe a las ideologías sobre la función del proceso civil y la decisión con la que éste concluye.

Si se parte de la premisa, derivada de una elección ideológica determinada, de que la única función del proceso civil es la de resolver controversias, poniendo fin a los

---

[69] *Cfr.,* por ejemplo, SIMONA PINO, 2005: pp. 825 y ss.
[70] Para un examen crítico de esta opinión, *cfr.* CAVALLONE, 1991: pp. 184 y ss.

conflictos entre individuos privados[71], se pueden extraer diversas consecuencias. Una consecuencia es que parece razonable dejar exclusivamente a las partes la tarea de gestionar a su voluntad la contienda procesal, y en particular la proposición de pruebas[72]: por tanto, el juez se encuentra en la condición de un árbitro pasivo, que juzgará exclusivamente sobre la base de los elementos de juicio que las partes le hayan proporcionado[73]. Otra consecuencia es que hay una preocupación por la calidad de la decisión final: si lo que importa es que ésta sea el resultado directo del enfrentamiento individual de las partes, que ponga fin a la controversia, no importa el contenido de la decisión ni los criterios con los que ésta se formula[74]. Esta situación se constata en el ámbito de la teoría de la llamada *procedural justice,* según la cual el proceso es justo esencialmente porque se basa en el libre juego de las partes en el ámbito de la contienda procesal, mientras que la justicia "procesal" prescinde del éxito del procedimiento, es decir, de la justicia "sustancial" de la decisión final: es más, la justicia de la decisión se hace depender exclusivamente de la corrección del procedimiento que la precede[75]. Dado que estas teorías ubican *en el proceso* el criterio de justicia de la solución del conflicto, de modo que una decisión es justa únicamente si es la conclusión de un proceso equitativo (siendo equitativo sólo el proceso en el que las partes toman todas las iniciativas y el juez no toma ninguna), la consecuencia es que no existen criterios autónomos y específicos para determinar, por ejemplo, si una decisión es o no justa en sí, es decir, en función de los criterios con los que se ha resuelto el conflicto[76]. Por otro lado, incluso respecto a la finalidad de poner fin a la controversia, la calidad de la decisión es irrelevante: las partes pueden decidir no continuar el litigio no porque la decisión sea justa, o sea percibida como tal, sino por las razones más variadas, especialmente cuando consideran —o cuando una de ellas considera— haber agotado todos sus recursos y energías en la contienda. Por tanto, puede ocurrir que se ponga fin a la controversia incluso cuando la decisión sea injusta y equivocada, y sea percibida como tal por las partes, pero éstas no tengan la voluntad o la posibilidad de reaccionar frente a ella.

Así pues, si se parte de una concepción en la que no importa la calidad de la decisión que concluye el proceso, ya que los valores y las exigencias que se toman en consideración prescinden completamente de ella, puede obtenerse como conclusión que la determinación de la verdad de los hechos tiende a considerarse como una cuestión prescindible, como un objetivo imposible de alcanzar o incluso como una eventualidad desagradable y contraproducente. «Un proceso dirigido a maximizar el objetivo de la resolución de los conflictos no puede... aspirar al mismo tiempo a maximizar la

---

[71] Acerca de esta concepción del proceso *cfr.* ampliamente DAMAŠKA, 1991: pp. 173 y ss. *Cfr.,* también FISS, 2003: *The Law as it Could Be,* Nueva York-Londres, pp. 21 y ss., 51 y ss.

[72] *Cfr.* DAMAŠKA, 1991: pp. 207 y ss.

[73] *Cfr.* DAMAŠKA, 1991: pp. 211, 233 y ss., 235 y ss.; FISS, 2003: p. 20.

[74] *Cfr.* DAMAŠKA, 1991: p. 239.

[75] Éste es el planteamiento principal de las investigaciones de psicología de la justicia procesal que se han desarrollado en los últimos decenios, sobre todo en los Estados Unidos. Una útil reseña de estas investigaciones se encuentra en LIND-TYLER, 1988: *The Social Psychology of Procedural Justice,* Nueva York-Londres, en particular, pp. 30 y ss., 39 y ss., 110 y ss. *Cfr.* también los ensayos reunidos en el volumen *Procedural Justice,* ed. por K. F. ROHL y S. MACHURA, 1997, Darthmouth.

[76] En este sistema ocurre lo mismo que en el duelo: quien vence merecía vencer (*cfr.* COUTURE, 1989: *Estudios de Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, I, p. 310). Análogamente *cfr.* GUZMÁN, 2004: p. 153.

corrección de la determinación de los hechos», afirma uno de los mayores estudiosos de estos problemas[77]. Por otra parte, «el proceso de resolución de los conflictos es indiferente a cómo hayan ocurrido realmente las cosas» y por tanto no está interesado en conseguir una determinación verdadera de los hechos de la causa[78]. Existen varios sujetos que —de manera más o menos consciente— adoptan alguna variante de este planteamiento: desde el abogado escéptico al absolutista desilusionado y al nihilista filosófico[79]. Un aspecto importante del mismo se relaciona con el tema de los poderes de instrucción del juez. Siendo notorio, e históricamente confirmado[80], que la manera menos eficiente para descubrir la verdad de los hechos en el juicio es limitarse exclusivamente a las iniciativas probatorias de las partes[81], resulta evidente que quien asuma una posición de indiferencia absoluta respecto a la determinación de la verdad de los hechos tenderá a adoptar un sistema en el que las partes dispongan exclusivamente de todas las facultades de iniciativa instructoria, sin que se le atribuya al juez ningún poder. En efecto, la teoría según la cual el proceso tiene como función exclusiva la resolución de conflictos está basada en una visión individualista que refleja un *"sociologically impoverished universe"* en el que importan únicamente los intereses y los objetivos privados[82]. De ello se deriva que sólo los individuos privados pueden y deben desarrollar un papel activo en el proceso, y esto vale también para la iniciativa probatoria.

Por el contrario, es interesante destacar que si se parte de la premisa ideológica de que no se deben atribuir al juez poderes de iniciativa instructoria, la conclusión es la necesaria renuncia a la idea de que en el proceso pueda alcanzarse —o deba buscarse— la verdad de los hechos. No es casual que uno de los autores que afirma con mayor énfasis la naturaleza autoritaria de los sistemas que atribuyen al juez dichos poderes, y que por tanto es partidario de su eliminación, sostenga también que es necesario renunciar "humildemente" a la verdad en el ámbito del proceso[83]. En conclusión: si no importa la determinación de la verdad de los hechos, no hace falta dotar al juez con poderes de instrucción para permitirle determinar la verdad. A la inversa, si se comparten las razones ideológicas por las que se considera que no se deben conferir al juez dichos poderes, es coherente sostener que la verdad de los hechos no puede y no debe ser determinada en el juicio.

Estas tesis pueden criticarse desde muchos puntos de vista[84]. En todo caso, corren el riesgo —como suele decirse— de probar demasiado. Si la determinación de la verdad

---

[77] *Cfr.* DAMAŠKA, 1991: p. 212.

[78] *Cfr.* DAMAŠKA, 1991: p. 213.

[79] Para un análisis más amplio de estas actitudes, *cfr.* TARUFFO, 1992: *La prova dei fatti giurici. Nozioni generali,* Milán, pp. 7 y ss. [tr. cast., 2002: *La prueba de los hechos,* a cargo de Jordi FERRER BELTRÁN, Madrid, pp. 28 y ss.].

[80] *Cfr.* LANGBEIN, 2003: *The Origins of Adversary Criminal Trial,* Oxford-Nueva York, pp. 332 y ss.

[81] Lo confirman también los análisis psicológicos: *cfr.* LIND-TYLER, *op. cit.,* pp. 114 y ss.

[82] *Cfr.* FISS, 2003: pp. 33 y ss., 35, 51 y ss.

[83] *Cfr.* MONTERO AROCA, 2001b: p. 109; MONTERO AROCA, 2002: *La prueba en el proceso civil,* 3.ª ed., Madrid, pp. 244, 248.

[84] Son particularmente eficaces las críticas planteadas por Owen FISS, quien destaca que la teoría del proceso como resolución de conflictos se basa en un individualismo radical inaceptable en la sociedad moderna y en la "privatización" de los valores en juego en la administración de justicia. *Cfr.* FISS, 2003: pp. 34 y ss., 51 y ss., 55 y ss. Igualmente eficaz es la crítica de OTEIZA, 2002: pp. 222, 223, para quien el modelo de proceso liberal en el que todos los poderes se confieren a las partes desatiende completamente el valor de la igualdad.

no interesa, y por tanto el proceso no debe estar orientado hacia este objetivo, y si tampoco importa la calidad de la decisión, es difícil comprender entonces por qué las partes y el juez deben perder tiempo en proponer y practicar las pruebas. Si la verdadera y exclusiva finalidad es poner fin a la controversia, existen vías más rápidas y eficaces para alcanzar este objetivo: lo eran las ordalías, que simplemente ponían fin al proceso eliminando a una de las partes, y lo sería también una extracción al azar, como alguien ha sugerido al menos para los casos difíciles [85] o bien lanzando una moneda [86]. Desde esta perspectiva, la instrucción probatoria —así como, por otra parte, el proceso por completo— desempeñaría únicamente una función residual: no sería otra cosa que una especie de representación ritual [87] que no se celebra porque se trate de un instrumento institucional que persiga administrar justicia, sino porque sirve para *hacer creer,* a las partes y a la sociedad en general, que se ha hecho justicia, con la esperanza de que de ese modo las partes decidan terminar la controversia y se reconstituya la paz social. En resumen, el ritual procesal serviría simplemente para legitimar la decisión [88], presentándola como aceptable, sin que su naturaleza o su contenido tengan importancia alguna: el proceso y, en particular, la adquisición de las pruebas tendrían como única finalidad hacer que cualquier decisión, al margen de su justicia intrínseca y de su relación con los hechos de la causa, sea aceptada por sus destinatarios.

El panorama cambia completamente si se parte de una opción ideológica distinta y se adopta la que Jerzy WRÓBLEWSKI ha definido como «ideología legal-racional» de la decisión judicial [89]. Esta ideología pone en el centro del problema de la administración de justicia la calidad de la decisión, destacando que ésta debe basarse en una aplicación correcta, y racionalmente justificada, del Derecho. Otras concepciones se ubican también en la misma dirección. De acuerdo con ellas, la administración de justicia no se reduce a una contienda entre individuos privados, sino que debe orientarse al cumplimiento de *public values* [90] y a la obtención de decisiones justas [91]. En este orden de ideas, una de las condiciones para que el proceso conduzca a decisiones jurídica y racionalmente correctas, y por tanto justas, es que esté orientado a establecer la verdad

---

[85] *Cfr.* DUXBURY, 1999: *Random justice: on lotteries and legal decision-making,* Oxford.

[86] *Cfr.* FISS, 2003: p. 52.

[87] El proceso presenta evidentes aspectos rituales, que han sido puesto de manifiesto en diversas ocasiones (*cfr.* entre lo más recientes CHASE, 2005: *Law, Culture and Ritual. Disputing Systems in Cross-Cultural Context,* Nueva York-Londres, pp. 114 y ss., 122 y ss. *Cfr.* asimismo BALL, 1975: «The Play's the Thing; An Unscientific Reflection on Courts Under the Rubric of Theater», en 28 *Stanf. L. Rev.,* pp. 100 y ss.; TARUFFO, 1979: pp. 294 y ss.). El problema no es, sin embargo, el de la existencia de dichos aspectos, sino el de establecer si la función ritual es *la única* función que puede cumplir tanto el proceso como la admisión de las pruebas. Al respecto, parece fundada la opinión de CHASE (2005: pp. 122 y ss.), quien sostiene que el proceso desarrolla una doble función: la de resolver controversias y la simbólica.

[88] En este sentido, *cfr.,* en particular, LUHMANN, 1969: *Legitimation durch Verfahren,* Neuwied a. Rh., pp. 57 y ss. *Cfr.,* además, PETERS, 1997: «Adjudication as Representation», en 97 *Col. L. Rev.,* pp. 312 y ss.

[89] *Cfr.* WRÓBLEWSKI, 1987: «Il sillogismo giuridico e la razionalità della decisione giudiziaria», tr. it. en *L'analisi del ragionamento giuridico,* ed. por P. COMANDUCCI y R. GUASTINI, Turín, p. 284; WRÓBLEWSKI, «Theoretical and Ideological Problems of Controlling Judicial Decisions», en WRÓBLEWSKI, 1983: *Meaning and Truth in Judicial Decision,* 2.ª ed., Helsinki, pp. 127 y ss.; WRÓBLEWSKI, «Ideología de la aplicación judicial del derecho», en WRÓBLEWSKI, 2001: *Sentido y hecho en el derecho,* México, pp. 67 y ss.

[90] *Cfr.,* en particular, FISS, 2003: p. 30. Sobre las características del proceso orientado a la realización de *policies, cfr.,* en general, DAMAŠKA, 1991: pp. 249 y ss.

[91] Sobre las condiciones de justicia de la decisión, *cfr.,* en particular, TARUFFO, 2002: pp. 219 y ss.

de los hechos de la causa. La razón de ello es que ninguna decisión judicial puede considerarse legal y racionalmente correcta, y por tanto justa, si se basa en una determinación errónea y no verdadera de los hechos a los que se refiere [92].

Estas afirmaciones pueden sonar completamente triviales y no es casual que estén presentes históricamente en varias culturas jurídicas, incluyendo la italiana [93]. Sin embargo, existen algunas razones por las que no resultan obvias. Algunas razones derivan del hecho de que se exponen a la trillada, aunque nunca abandonada, objeción escéptica que considera que la verdad no sería alcanzable en el proceso y que, por tanto, no sería sensato hablar de una determinación verdadera de los hechos [94]; o a los razonamientos —ya señalados— de quienes consideran inútil la búsqueda de la verdad en el proceso, si no contraproducente, en tanto que la finalidad fundamental del proceso se identificaría con la solución de controversias. Otras de las razones por las que las afirmaciones mencionadas no son obvias derivan del hecho de que a partir de ellas se obtienen varias consecuencias importantes, de las que es conveniente ser conscientes.

Antes que nada, vale la pena destacar que desde esta perspectiva el proceso no deja de ser el instrumento institucional para la resolución de las controversias, pero adquiere importancia la calidad de la decisión con la que se soluciona la controversia [95]. En otras palabras, no cualquier decisión es "buena" sólo porque ponga fin al conflicto; la decisión es "buena" si pone fin al conflicto estando justificada en criterios jurídicos y racionales, entre los que asume una importancia particular la verdad de la determinación de los hechos [96]. Por otro lado, la ideología de acuerdo con la cual el proceso debe tender a concluir con decisiones justas es coherente con una interpretación no formalista y no meramente repetitiva de la cláusula constitucional del "debido proceso": en efecto, ésta debería hacer referencia a un proceso que pueda ser "justo" en cuanto esté orientado a la obtención de decisiones justas [97]. Adicionalmente,

---

[92] *Cfr.* más ampliamente TARUFFO, 2002: pp. 225 y ss.; TARUFFO, pp. 43 y ss. [tr. cast. *La prueba,* cit., pp. 56 y ss.]; ATIYAH-SUMMERS, 1987: *Form and Substance in Anglo-American Law,* Oxford, pp. 157 y ss.; FRANK, 1950: *Courts on Trial. Myth and Reality in American Justice,* Princeton, pp. 95 y ss.; PICÓ I JUNOY, 2003: p. 416.

[93] *Cfr.* en efecto, por ejemplo, CALAMANDREI, 1965: «La genesi logica della giustizia civile», en Id., *Opere giuridiche,* I, Nápoles, p. 25.

[94] Sobre esta objeción, a menudo recurrente en los discursos que se realizan en torno a la prueba y la decisión judicial *vid.*, más ampliamente, TARUFFO, 1992: pp. 8 y ss. [tr. cast. 2002: pp. 29 y ss.]. Para un ejemplo reciente de esta actitud, *cfr.* MONTERO AROCA, *supra,* n. 82.

[95] *Cfr.,* por ejemplo, FISS, 2003: p. 25.

[96] No es el lugar para afrontar las viejas, y en ocasiones inútiles, discusiones en torno al concepto de verdad, y en particular en torno a la distinción entre verdad absoluta y verdad relativa. Basta recordar que, actualmente, sólo se habla de verdad absoluta en el ámbito de algunas religiones o de alguna metafísica, mientras que todas las demás verdades no pueden ser más que relativas. En consecuencia, la verdad que se obtiene en el proceso es también relativa, dependiente del contexto y de los datos probatorios en los que se funda. Esto no quita, sin embargo, que se pueda y se deba hablar de verdad en el contexto procesal, en el que la verdad constituye un ideal regulativo necesario que orienta la actividad probatoria y la determinación de los hechos. Para un desarrollo más amplio de estos problemas, *cfr.* TARUFFO, 1992: pp. 58 y ss., 143 y ss. [tr. cast. 2002: pp. 71 y ss., 167 y ss.]. Sobre el problema de la verdad en el proceso, *cfr.,* en particular, FERRER BELTRÁN, 2002: *Prueba y verdad en el derecho,* Madrid-Barcelona, especialmente pp. 41 y ss., 68 y ss.

[97] Para una indicación en este sentido, *cfr.* CHIARLONI, 2004: «Il presente come storia: dai codici di procedura civile sardi alle recentissime riforme e proposte di riforma», en *Riv. tri. dir. proc. civ.,* p. 471. Entre la amplia literatura sobre el "debido proceso", *cfr.,* en particular, COMOGLIO, *Etica e tecnica del "giusto processo",* cit., también para ulteriores indicaciones bibliográficas.

podrían valorarse la calidad y los defectos de los distintos sistemas procesales en función de su capacidad para conducir a decisiones justas, es decir —para estos efectos—, a decisiones basadas en una determinación verdadera de los hechos: por ejemplo, un proceso en el que existan distintas reglas de prueba legal y gran cantidad de reglas de exclusión de pruebas relevantes, sería especialmente inadecuado para permitir la adopción de decisiones justas, mientras que para este fin sería más funcional un proceso en el que se admitieran todas las pruebas relevantes y éstas fuesen valoradas por el juez de acuerdo con criterios racionalmente válidos.

La orientación favorable a la atribución de poderes de instrucción al juez, que se manifiesta —como se ha visto— en numerosos ordenamientos, se apoya evidentemente en opciones ideológicas para las cuales la calidad de la decisión que concluye el proceso no es de ningún modo indiferente ni irrelevante, sino que, por el contrario, debe tender a basarse en una determinación verdadera de los hechos de la causa [98]. Para que se alcance este objetivo es necesario que se cumplan varias condiciones: una de ellas es que el juez pueda complementar las iniciativas probatorias de las partes cuando éstas sean insuficientes o inadecuadas para la adquisición de todas las pruebas necesarias para adoptar una decisión que determine la verdad de los hechos. Por otro lado, es insostenible la opinión —en ocasiones recurrente, particularmente en la doctrina norteamericana [99]— de acuerdo con la cual un proceso puede estar orientado hacia la búsqueda de la verdad de los hechos y, a pesar de ello, debe estar basado en el monopolio exclusivo de la iniciativa probatoria por las partes. Precisamente, la historia del proceso del *common law* muestra que, en efecto, un proceso completamente *adversarial* nunca ha estado orientado hacia la búsqueda de la verdad [100], y que la libre contienda de las partes no es un buen método para alcanzar una determinación verdadera de los hechos [101]. En todos los procesos hay al menos una parte —aquella que sabe que está equivocada— que no tiene interés en que se descubra la verdad; por su parte, los abogados no son científicos que persiguen una búsqueda imparcial y desinteresada de la verdad, sino que tienen interés en que venza la versión de los hechos que más le convenga a su cliente, con independencia de la verdad [102].

Es sobre la base de consideraciones de este tipo que todos los grandes ordenamientos europeos se han orientado en el sentido de atribuir al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas. Un caso particularmente interesante, desde este punto de vista, se presenta en Inglaterra, donde la tendencia a hacer que el proceso civil pueda alcanzar resultados de *substantive justice,* basándose en la máxima aproximación posible a la verdad de los hechos, ha conducido a reforzar decididamente los poderes del juez cambiando la orientación tradicional de este sistema proce-

---

[98] En este sentido, *cfr.,* por ejemplo, PARRA QUIJANO, 2004: pp. 9 y ss.; OTEIZA, 2002: p. 227.

[99] *Cfr.,* por ejemplo, LANDSMAN, 1984: *The Adversary System. A Description and Defense,* Washington-Londres, pp. 5, 36; WALPIN, 2003: «America's Adversarial and Jury Systems: More Likely To Do Justice», en 26 *Harv. J. Law & Publ. Pol.,* pp. 175 y ss.

[100] *Cfr.* LANGBEIN, *op. cit., loc. cit.*

[101] *Cfr.* JOLOWICZ, 2003: «Adversarial and Inquisitorial Models of Civil Procedure», en *Int. Comp. L. Q.,* pp. 2 y ss.

[102] Sobre la evidente "implicación" del abogado, que determina su parcialidad respecto al empleo de las pruebas y a la reconstrucción de los hechos, *vid.,* más ampliamente, TARUFFO, 1993: «Involvement and Detachment in the Presentation of Evidence», en *The Eyes of Justice,* ed. por R. KEVELSON, Nueva York e.a., pp. 267 y ss.

sal[103]. Como se ha visto anteriormente, los distintos ordenamientos procesales han utilizado técnicas normativas diversas y se han inclinado en mayor o menor medida por la extensión de poderes de instrucción del juez: de todos modos, un elemento constante que destaca a partir de una investigación de derecho comparado es que ningún ordenamiento procesal moderno renuncia a orientarse hacia la búsqueda de la verdad de los hechos, y ningún ordenamiento procesal moderno confía exclusivamente en la iniciativa de las partes para conseguir este objetivo. Del mismo modo, es importante destacar que sobre ninguno de estos ordenamientos se cierne la sombra de Torquemada, y en ninguno aflora el fantasma del juez como *longa manus* de Hitler, Mussolini o Stalin. Por el contrario, surge la figura, mucho más modesta y razonable, de un juez que asiste al "juego de las partes" y que interviene cuando se percata de que dicho juego corre el riesgo de llevar a decisiones injustas porque se basa en una determinación inadecuada de los hechos.

La experiencia de los ordenamientos procesales europeos muestra también la inconsistencia de una premisa de la que se parte frecuentemente —implícita o explícitamente— cuando se discute acerca de los poderes de instrucción del juez. Identificaré a esta premisa como "teoría de la tarta", porque consiste en concebir el conjunto de poderes de iniciativa instructoria como una tarta que el legislador divide en cada caso entre las partes y el juez, con la consecuencia de que la atribución de poderes de instrucción al juez supondría una reducción proporcional de los poderes de las partes[104]. Si así fuera, habría que concluir que en el proceso francés las partes no tienen ningún poder de iniciativa instructoria, dado que el art. 10 atribuye por completo la "tarta" al juez, confiriéndole —como se ha visto anteriormente— un poder general para ordenar de oficio la adquisición de pruebas. Análogamente, habría que concluir que en el proceso alemán no les queda a las partes más que una "porción" reducida e incierta, constituida por el poder para proponer pruebas testificales: dicha "porción" no estaría ni siquiera reservada por completo a la disponibilidad de las partes, dado que el juez puede inducirlas a proponer testigos que aquéllas no hayan propuesto de propia iniciativa. Todo esto es evidentemente absurdo, tratándose de ordenamientos en los que no hay duda de que se garantiza el derecho a la defensa y que se reconoce y asegura el derecho a la prueba que corresponde a las partes[105]. La "teoría de la tarta" resulta, por tanto, inconsistente e infundada.

Ahora bien, no es posible continuar considerando la atribución de poderes de instrucción al juez, así como su ejercicio, como una especie de *deminutio* proporcional de las posiciones procesales de las partes y como una violación de sus derechos fundamentales. Por el contrario, la experiencia de los ordenamientos europeos, y en particular la del ordenamiento francés, muestra que es posible maximizar *al mismo tiempo* el derecho a la prueba que le corresponde a las partes, la garantía del

---

[103] *Cfr.,* por ejemplo, JOLOWICZ, 1996: «The Woolf Report and the Adversary System», en *CJQ,* pp. 199 y ss. En sentido análogo, *cfr.* ZUCKERMAN, 2003: p. 6, quien subraya que la finalidad de permitir la determinación de la verdad ha estado entre las razones fundamentales de la reforma procesal inglesa y recuerda que la concepción de la verdad como condición de la justicia de la decisión es recurrente en la cultura jurídica inglesa.

[104] Para un ejemplo de esta concepción, *cfr.* MONTERO AROCA, 2001b: p. 55.

[105] Para un panorama comparado al respecto, *cfr.* PERROT, 1983: «Le droit à la preuve», en *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmäßige Ordnung,* Bielefeld, pp. 91 y ss.

principio de contradicción y la atribución de amplios poderes de instrucción al juez. Por otro lado, es evidente que cuando el juez ejerce uno de sus poderes de instrucción no usurpa poder alguno de las partes ni invade un territorio que esté reservado para ellas. Esto podría ocurrir únicamente en un sistema en el que las partes no gozaran de ninguna garantía, pero —al margen de que esto no ocurre en ningún ordenamiento procesal evolucionado— ésta es una cuestión que atañe directamente a la configuración de los derechos y las garantías de las partes, más que a los poderes del juez. Por otra parte, como también se ha visto, los distintos ordenamientos no establecen que el juez se lance por sí solo y *a priori* a la búsqueda de las pruebas, sino solamente que ejerza poderes de control y de iniciativa instructoria que están claramente configurados como accesorios, y sustancialmente residuales, respecto a los poderes de iniciativa instructoria que les corresponden a las partes. Más aún, en los sistemas que cumplen verdaderamente con las garantías de defensa dichos poderes deben ejercerse en el pleno cumplimiento del principio de contradicción entre las partes, con el derecho de éstas de objetar las iniciativas del juez y de proponer las pruebas que a partir de dichas iniciativas se consideren convenientes. Basta observar, por otra parte, que el juez italiano que sobre la base del art. 281 ter, llama de oficio a un testigo al que ha hecho referencia una de las partes, o el juez inglés, español o alemán que sugiere a las partes la proposición de una prueba, no invade el campo de las partes privándoles de sus prerrogativas: estos jueces simplemente están realizando una de sus funciones específicas, que es hacer que la decisión final se base en todas las pruebas disponibles y, por tanto, que se aproxime lo máximo posible a la verdad de los hechos.

4. CONSIDERACIONES FINALES

El análisis de los principales ordenamientos europeos anteriormente esbozado aconseja realizar, a título de conclusión, algunas consideraciones relativas al argumento que frecuentemente se utiliza para criticar la atribución al juez de poderes autónomos de iniciativa instructoria. Este argumento está bastante difundido [106] y consiste en sostener, sustancialmente, que en el momento en que el juez ejerce dichos poderes pierde su imparcialidad, porque termina favoreciendo a una u otra de las partes, perdiendo también su independencia en el juicio, ya que termina valorando parcialmente las pruebas que han sido incorporadas de oficio por él mismo [107].

---

[106] En la doctrina italiana, *cfr.,* en particular, LIEBMAN, «Fondamento del principio dispositivo», en LIEBMAN, 1962: *Problemi del processo civile,* Napoli, p. 12, quien afirma que «es necesario, a fin de que el juicio se desarrolle correctamente, asegurar la imparcialidad, también desde el punto de vista psicológico, de la persona física a quien se le confía el juicio». Se trata, por otra parte, de una opinión que se presenta a menudo en la doctrina italiana: *cfr.,* por ejemplo, FAZZALARI, 1972: «L'imparzialità del giudice civile», en *Riv. dir. proc.,* pp. 193 y ss.; MONTESANO, 1978: «Le prove disponibili d'ufficio e l'imparzialità del giudice civile», en *Riv. tri. dir. proc. civ.,* pp. 189 y ss. También en la doctrina norteamericana esta tesis representa una especie de lugar común: *cfr.,* por ejemplo, LANDSMAN, 1984: pp. 2 y ss., 37; SALTZBURG, 1978: «The Unnecessarily Expanding Role of the American Trial Judge», en 64 *Virg. L. Rev.,* p. 17; FULLER, «The Adversary System», en FULLER, 1961: *Talks on American Law,* Nueva York, pp. 39 y ss.

[107] *Cfr.,* en particular, LIEBMAN, 1962: p. 13, quien considera que no se puede dudar «que la imparcialidad del juez corre el riesgo de quedar comprometida cuando debe juzgar una prueba que él mismo ha elegido, y que se ha incorporado por su iniciativa al proceso».

Sobre este punto es posible observar —al margen de la dudosa admisibilidad de las ingenuas nociones psicológicas en las que se basa este argumento— que si éste fuese válido deberíamos concluir que todos los legisladores procesales europeos —cada uno a su modo— han atravesado un momento de locura que los ha inducido a atribuir al juez una función activa en la adquisición de las pruebas, sin darse cuenta de que de esa manera habrían puesto en riesgo el valor fundamental de la imparcialidad y la independencia de juicio del propio juez. Dado que, no obstante, no hay pruebas creíbles de esta locura colectiva, deberíamos concluir que la experiencia comparada muestra que es infundado el temor de que el juez, al desempeñar un papel activo, se convierta por ello en un juez parcial e incapaz de valorar correctamente el material probatorio recabado en el juicio, incluso a partir de su iniciativa[108].

Puede observarse que en realidad el juez "toma partido" a favor de una parte y en contra de la otra en cualquier momento del proceso, es decir, en todas las ocasiones en que dispone o decide alguna cuestión relativa al procedimiento, o resuelve cuestiones preliminares o prejudiciales y, sin embargo, nadie piensa que por esta razón, y en cada uno de esos momentos, el juez pierda su imparcialidad. Dado que no existe el juez *tabula rasa* y absolutamente pasivo, ni tampoco puede existir en el curso del proceso, deberíamos concluir que el juez nunca es imparcial: con ello, sin embargo, cualquier discurso sobre el proceso resultaría carente de sentido. No se entiende, por otra parte, por qué el juez deviene parcial cuando ordena la adquisición de una prueba de oficio o sugiere a las partes la proposición de una prueba, y esto no sucede, por ejemplo, cuando admite o excluye una prueba propuesta por una parte, o cuando reduce las listas de testigos o cuando cierra la instrucción probatoria de acuerdo con el art. 209 del *codice di procedura civile.*

Por lo demás, sería oportuno realizar algunas aclaraciones de carácter general acerca de la imagen del juez a la que se hace referencia. Si se piensa en un "buen" juez capaz de ejercer correcta y racionalmente sus poderes, entonces no hay ninguna razón para temer que se convierta en parcial, e incapaz para valorar las pruebas, por el solo hecho de que haya sido él quien ordenó o sugirió su realización. Únicamente si se piensa en un juez incapaz y psicológicamente débil puede temerse que pierda su imparcialidad en el momento en que decide sobre la conveniencia de que sea incorporada una prueba adicional, o que no sea capaz de valorar de manera equilibrada una prueba sólo porque ha sido él quien ha ordenado su incorporación. Un juez "normal" es capaz de determinar si un testigo al que ha llamado a testificar es creíble o no, de la misma manera en que valora la credibilidad de un testigo propuesto por una de las partes: suponer que el juez considera atendible un testigo sólo por el hecho de que ha ordenado de oficio su declaración presupone que dicho juez sea considerado "subnormal". Naturalmente, existe el riesgo de que el juez esté condicionado

[108] La «incompatibilidad psicológica entre investigación y decisión» de la que habla, por ejemplo, LIEBMAN, 1962: p. 13, no sólo no está demostrada, sino que —si fuera verdadera— pondría en crisis todos los sectores de la investigación científica, en la que es normal que quien realiza investigaciones presente posteriormente los resultados de las mismas como válidos en cuanto confirmados por su propia investigación. No parece, en verdad, que en la epistemología se diga que el resultado de una investigación, o de un experimento, esté invalidado por el hecho de que haya sido la misma persona quien realizó la investigación. No son claras las razones por las cuales aquello que vale para cualquier sujeto que extrae conclusiones de informaciones que él mismo ha investigado o descubierto, no puedan valer en cambio para el juez.

por la llamada *early bias* (o *confirmation bias*), es decir, por la inclinación a considerar atendibles sus primeras impresiones sobre los hechos de la causa y a buscar en las pruebas las confirmaciones de sus propios prejuicios, subestimando las pruebas que los contradigan. Sin embargo, la manera para afrontar esta eventualidad no es precisamente eliminar los poderes de instrucción del juez, dado que dicha eventualidad puede verificarse incluso cuando el juez no dispone de tales poderes o bien cuando no los ejerce: en efecto, también puede suceder que un juez "pasivo" se aferre en exceso a una determinada versión de los hechos de la causa y, por tanto, oriente sus posteriores decisiones, incluida la decisión final, hacia la hipótesis de que dicha versión de los hechos es digna de ser considerada como verdadera. Por otro lado, no es necesario realizar extensas argumentaciones para demostrar que los remedios contra el pre-juicio del juez son otros: consisten en el pleno cumplimiento del principio de contradicción entre las partes, incluso por parte del propio juez, y en la necesidad de ofrecer una motivación analítica y completa, y racionalmente estructurada, de la decisión sobre los hechos [109].

Evidentemente, los ordenamientos que han atribuido al juez un papel activo en la adquisición de las pruebas han supuesto que tales poderes son atribuidos a jueces capaces de realizar de manera correcta y racional su función de estímulo, control y de iniciativa probatoria, sin que ello pusiera en peligro los valores fundamentales del proceso civil. A partir de la experiencia de estos ordenamientos, no se advierte que esta hipótesis haya sido contradicha en la práctica: ello debería permitir reconducir el problema de los poderes del juez dentro de confines razonables, evitando caer en polémicas ideológicas carentes de fundamento.

(Trad. de Raymundo Gama)

[109] Sobre el principio de contradicción y la motivación de los hechos como método para un control racional de las valoraciones de las pruebas, *vid.*, más ampliamente, TARUFFO, 1992: pp. 401 y ss., 408 y ss. (tr. cast. 2002: pp. 420 y ss., 427 y ss.).

ÉTICA JUDICIAL E INTERPRETACIÓN JURÍDICA

Rodolfo Luis Vigo

RESUMEN. La superación del juridicismo y de la aplicación mecánica de las normas reclama un nuevo perfil de juez que no sólo atienda al conocimiento y habilidades jurídicas sino también a consideraciones éticas. En este marco, el autor aborda el tema de la ética judicial entendiéndola como un conjunto de comportamientos necesarios para la satisfacción de intereses comprometidos con el ejercicio de la actividad judicial y para la aceptación de las decisiones por parte de sus destinatarios. Procurando establecer el perfil del mejor juez históricamente determinado, el autor enuncia y desarrolla una detallada nómina de las exigencias éticas judiciales que permitan generar las mejores condiciones para garantizar la calidad del trabajo judicial.

Palabras clave: discrecionalidad, interpretación, ética judicial.

ABSTRACT. The superseding of legalism and of the mechanical application of norms calls for judges with a new profile, not only able to deal with knowledge and legal skills, but also with ethical considerations. In this context, the author approaches the subject of judicial ethics, which he understands as a set of actions necessary for the satisfaction of interests linked to the exercise of judicial activity and for the acceptance of decisions by those to whom they are addressed. In an attempt to establish the profile of the best historically determined judge, the author proposes and develops a detailed list of the judicial ethical requirements which make possible the best conditions in order to guarantee the quality of judicial work.

Keywords: discrecionality, interpretation, judicial ethics.

1. DEL JURIDICISMO Y LA APLICACIÓN MECÁNICA DE LA NORMA LEGAL, A LA MORALIZACIÓN DEL DERECHO Y LA CREACIÓN INTERPRETATIVA

La vinculación entre la ética y la actividad judicial no es una tesis defendida pacíficamente. Entre sus detractores están fundamentalmente aquellos que postulan que al juez, para cumplir con la función que se le ha encomendado, le basta con conocer el Derecho y decirlo silogísticamente para cada caso. Desde esa perspectiva es perfectamente posible y no ofrece ninguna dificultad, que alguien sea una "mala persona" desde el punto de vista de una moral crítica o social, y al mismo tiempo sea un "buen juez". Por supuesto que el modelo de teoría jurídica decimonónica europea (forjado y auspiciado por la exégesis francesa, SAVIGNY y el primer IHERING) confía —en sintonía con MONTESQUIEU— en un "juez inanimado" que sea boca de la ley para cada caso y, por consiguiente, su tarea era totalmente objetiva y aséptica en tanto se limitaba a identificar la norma legal en la que podía subsumir en su hipótesis fáctica el caso que debía resolver y deducir la respectiva consecuencia jurídica prevista en aquélla. En ese paradigma, como es suficientemente sabido, las soluciones jurídicas las brindaba en exclusividad el legislador y a tenor de la presunción de un «legislador plena y perfectamente racional» la tarea judicial carecía de toda dimensión creadora y se reducía a transitar formalmente el camino del silogismo. Recordemos que el objeto de la interpretación jurídica era «reconstruir el pensamiento del legislador ínsito en la ley» (SAVIGNY) o, más vulgarmente, «desentrañar el sentido de la ley según lo pretendido por el legislador»; y a tales fines debía valerse de los métodos interpretativos (gramatical, lógico, sistemático e histórico) que aseguraban un cumplimiento fiel del juzgador a su mandato. El momento creador del Derecho se subsumía en la "voluntad del legislador" y luego el modelo de saber jurídico se ceñía a los postulados propios de la ciencia físico-matemática que se limitaba a describir y sistematizar sin ningún compromiso con valores. También recordemos que el modelo político europeo decimonónico reforzaba ese cumplimiento con la amenaza penal al juez que se apartaba del sentido de la ley, dado que tal comportamiento se tipificaba con el delito de prevaricato. En definitiva, al "voluntarismo" del legislador europeo fuera de cualquier control de racionalidad y capaz de juridizar cualquier contenido en tanto previsto dentro de la ley, le seguía la tarea del doctrinario y del juez que se circunscribía a un saber "teórico" en tanto pretendía una descripción absolutamente objetiva y sin preferencias axiológicas de aquel contenido legal[1].

Por supuesto que la perspectiva "juridicista" implícita en el referido paradigma decimonónico fue puesta en crisis a lo largo de la segunda mitad del siglo XX y, particularmente, al hilo del movimiento rehabilitador de la razón práctica. En efecto, aquella pretensión de que era posible entender y operar el Derecho sólo con Derecho, o sea, sin apertura a las dimensiones éticas, económicas, políticas, culturales, etc., terminaba diseñando un Derecho que más que reflejo de la realidad se convertía en una especie de caricatura de la misma. Es que el Derecho es inescindiblemente ético o moral[2], de manera que cualquier comprensión del mismo que margine esa dimen-

---

[1] *Cfr.* mi libro de 1999: *Interpretación Jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas),* Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.

[2] Contundemente escribe Robert ALEXY: «el problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. A pesar de una discusión de más de dos mil años, siguen exis-

sión estará condenada a hablar de un Derecho sin correspondencia con la realidad jurídica o de un Derecho que puede volverse groseramente contra el mismo hombre. Esa carga ineludible ética o moral del Derecho ha recibido distintos nombres: así el tradicional de "Derecho natural" (*"dikaion physikon"* o *"ius naturae"*) o los más actuales de "principios" («exigencias de justicia, equidad u otra dimensión de la moral» en DWORKIN), «derechos humanos» o *«moral rights»* (NINO), «bienes o valores humanos básicos» (FINNIS), «umbral de injusticia o injusticia extrema» (ALEXY) o «equidad» (RAWLS). Pero ese «coto indisponible o vedado» (GARZÓN VALDÉS) no queda como un mero postulado teórico sino que se proyecta al campo operativo propio de los juristas de muy diversas formas: así, por ejemplo, a la hora de analizar la validez y consiguiente obligatoriedad de las normas jurídicas en tanto aquella dimensión ética exigía no sólo comprobar la satisfacción del cumplimiento de los requisitos previstos en el sistema jurídico positivo sino también confirmar su conformidad a ciertas exigencias "éticas o morales". La fórmula de «la injusticia extrema no es derecho», propuesta por RADBRUCH y difundida por ALEXY [3], resume en buena medida aquel rechazo al juridicismo y una asunción de la dimensión ética que hoy distintas corrientes pregonan respecto al Derecho. Por supuesto que el Estado Constitucional de Derecho que sucedió al Estado Legal de Derecho también ha contribuido decididamente a superar aquel modelo de ciencia jurídica de saber teórico cuyo paradigma eran las ciencias físico-matemáticas, y a afrontar el desafío de un saber jurídico práctico que inevitablemente apele a valores y que debe resignarse a certezas excepcionables ligadas a la prudencia y a la contingencia de los casos [4].

Esa moralización, eticidad, principialismo, constitucionalización o humanización del Derecho no sólo ha puesto en crisis el juridicismo del modelo decimonónico sino también a su misma teoría jurídica interpretativa, que postulaba jueces inanimados sometidos a la única solución prevista en la ley que debían aplicar dogmática y silogísticamente a cada caso. Roto el espejismo juridicista se advierte que el Derecho es indisolublemente ético y que la alternativa de su "purificación" supone desfigurarlo hasta hacerlo irreconocible o asumir el riesgo de su des-humanización. Ese juego de valores, principios, derechos fundamentales o naturales implica cierta indeterminación acentuada, porque en definitiva pone al desnudo la posibilidad de una pluralidad de respuestas jurídicas frente al mismo caso según que el intérprete ponga el acento en uno u otro de los elementos axiológicos presentes en el Derecho. Es que la aplicación de estos últimos conlleva que el intérprete deba construir o reconstruir un juicio normativo que será la premisa mayor de su silogismo práctico en orden a la solución del caso, dado que sólo a través de esa mediación normativa se puede resolver o concluir una norma para ese particular caso en base a aquel principio o valor o Derecho natural. Así por ejemplo el principio de buena fe tiene muy variadas proyeccio-

---

tiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista» (de 1997: *El concepto y la validez del derecho,* Barcelona: Gedisa, p. 13), y también concluye Francisco LAPORTA: «el problema de las relaciones entre moral y derecho no es un tema de la filosofía jurídica, sino que es el lugar donde la filosofía del derecho está» (de 1993: *Entre el derecho y la moral,* México: Fontamara, p. 7).

[3] *Cfr.* mi libro de 2004: *La injusticia extrema no es derecho (de Radbruch a Alexy),* Facultad de Derecho-Universidad de Buenos Aires y *La Ley*.

[4] *Cfr.* ZAGREBELSKY, G., 1997: *El derecho dúctil,* Madrid: Trotta, y CARBONELL, M., 2003: *Neoconstitucionalismo,* Madrid: Trotta.

nes posibles en las más diversas materias (laboral, procesal, contractual, relaciones internacionales, etc.), pero si el intérprete pretende resolver un caso concreto invocando dicho principio deberá construir una norma en donde pueda subsumirse dicho caso. Según las clásicas reglas del silogismo se requiere de tres términos: mayor, menor y medio, y así mientras en la premisa mayor se incluyen el mayor y el medio, en la premisa menor aparecerán el término menor y se repite el medio que es el que garantiza la conexión entre las premisas y la respectiva conclusión. Precisamente los principios, valores o derechos carecen de esa estructura propia de los juicios, por eso el intérprete debe explicitar o construir uno en base a algunos de aquéllos y así habilitar la posibilidad de transitar un silogismo práctico (no teórico) en donde pueda subsumirse en la hipótesis fáctica de la premisa mayor el caso que debe resolver aplicándole las consecuencias respectivas. En definitiva, la presencia de esos elementos éticos pone en juego una teoría interpretativa que partiendo de la indeterminación del principio o valor apela a la formulación de una norma por parte del intérprete en donde resulte subsumible el caso, todo lo cual torna absolutamente inviable el objeto de la decimonónica teoría interpretativa («desentrañar el sentido de la norma») y los cuatro métodos interpretativos postulados por SAVIGNY.

La referida indeterminación y moralización que conllevan valores, principios o eticidad y la consiguiente creación jurídica por parte del intérprete exige la superación del juridicismo y la ficción de que para cada caso había una solución proporcionada por el legislador. Más aún, esa crisis del juridicismo se acentúa cuando se advierte con la escuela hermenéutica que el enunciado normativo general sin el caso que regula está incompleto, por eso sólo con éste puedo comprender el significado de aquél. El intérprete crea en base a los principios, valores o derechos fundamentales el enunciado normativo o la norma general o universal en donde se subsumirá el caso, precisamente ese precedente será objeto de vivo interés por parte de los operadores del Derecho a los fines de prever la solución que tendrán sus casos análogos, y por eso la necesidad de su publicidad o difusión de la jurisprudencia haciéndola conocer a los juristas fundamentalmente a través de las revistas especializadas. Pero ese protagonismo creativo del intérprete se ve agravado si pensamos que habitualmente frente a un caso aparece la posibilidad de recurrir a más de un principio, valor o derecho humano, lo que supone enfrentar el problema del «conflictivismo de principios o derechos fundamentales»[5]. En torno a este problema interpretativo aparecen distintas propuestas[6]: básicamente aquella que plantea una jerarquización apriorística de los principios que guíe la opción del intérprete (DWORKIN), la propuesta consolidada en la jurisprudencia norteamericana de *"check and balances"* que obliga al intérprete a ponderar los principios y las respectivas soluciones en tensión, y la propuesta de raigambre constitucional alemana que confía en la superación del conflicto a través de una apropiada definición del "contenido esencial" de cada uno de los derechos o de los valores o principios en juego que evita el "darwinismo" de principios[7].

---

[5] *Cfr.* CIANCIARDO, J., 2000: *El conflictivismo en los derechos fundamenales,* Pamplona: EUNSA, y SERNA, P., y TOLLER, F., 2000: *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales,* Buenos Aires: *La Ley.*

[6] *Cfr.* mi libro de 2000: *Los principios jurídicos,* Buenos Aires: Depalma.

[7] *Cfr.* las obras citadas en la nota 5.

Más allá de propuestas teóricas, lo que queda consentido es la presencia normalmente de varias respuestas jurídicas que el intérprete puede encontrar en el Derecho vigente. En efecto, frente a la confianza decimonónica de "una" y "sólo una" respuesta jurídica para cada caso, se acepta la alternativa de más de una respuesta para el mismo caso como lo refleja la jurisprudencia contradictoria y los votos mayoritarios y minoritarios de los fallos. Seguramente resultaría disparatado, amén de improcedente, acusar del delito de prevaricato a alguno de los jueces responsables de esas diferentes respuestas jurisprudenciales, no obstante que en estricta lógica decimonónica habría que suponer que alguna de ellas se apartó del «sentido de la ley» porque de lo contrario entraría en crisis la «presunción del legislador racional». Ejemplificando lo que llevamos dicho con el art. 43 del Estatuto del Juez Iberoamericano que aprobaran las 22 Cortes Supremas de Iberoamérica en Canarias en 2001, puede constatarse que ahí se indica a los jueces fallar teniendo siempre presente el trasfondo humano de dichos conflictos "y procurando" atemperar con criterios de equidad las consecuencias personales, familiares y sociales desfavorables; pero puede ocurrir que no resulten coincidentes las soluciones judiciales según se basen en una u otra de esas consecuencias, por lo que sólo cabe el recurso a la discrecionalidad judicial que deberá optar por alguna de aquellas posibles derivadas todas ellas del Derecho vigente.

2. LA ÉTICA FRENTE A LA INELUDIBLE DISCRECIONALIDAD JUDICIAL

El punto anterior ha permitido concluir en la hoy visible y creciente creación jurisprudencial, lo cual termina potenciando la importancia y trascendencia de la actividad judicial. Esa judicialización de la vida social genera inexorablemente un Poder Judicial muy activo y presente que incluso tiene encomendada la poderosa misión de hablar en última instancia en nombre del poder constituyente. Por ese camino se tensa la división de poderes, pero sobre todo se pone en riesgo la previsibilidad jurídica a la que aspiran legítimamente todos los destinatarios del Derecho vigente. No se trata de auspiciar una seguridad jurídica ficticia e imposible a tenor de la referida moralización o principialismo jurídico y la importancia que tienen los contingentes hechos. Pero tampoco se trata de renunciar a la previsibilidad posible y confiar dogmáticamente en la solución que sólo conoce el juez que decidirá el caso. Precisamente frente a esa inevitable discrecionalidad uno de los remedios lo constituye la ética judicial. De esa derivación final en la ética del juzgador también se hace cargo Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ cuando afirma: «la legitimación del juez es legal, pero la forma necesariamente imperfecta en que se produce su sujeción a la ley, tiñe de cierta inevitable ilegitimidad las decisiones judiciales (FERRAJOLI), en la medida en que el emisor pone en ellas siempre algo que excede del marco normativo y que es de su propio bagaje; creo que una última exigencia ética dirigida al juez de este modelo constitucional es que debe ser muy consciente de ese dato, para ponerse en condiciones de extremar el (auto) control de ese plus de potestad de decidir»[8]. Por supuesto que la ética judicial no es

[8] ANDRÉS IBÁÑEZ, P., de «Ética de la función de juzgar», en 2001: *Ética de las profesiones jurídicas,* FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L. y HORTAL ALONSO, A., Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, pp. 79-80.

la única alternativa a la discrecionalidad (por ejemplo resultan importantes también las teorías que apelan a la argumentación jurídica), pero es a ella a la que queremos referirnos ahora.

Aunque resulte extraño o paradojal recordemos que la ética judicial como sucedáneo de la discrecionalidad judicial es una tesis que defendió HART al afirmar: «en este punto los jueces pueden hacer una elección que no es arbitraria ni mecánica; y aquí suelen desplegar virtudes judiciales características que son especialmente peculiares de la decisión jurídica, lo que explica por qué algunos se resisten a calificar de legislativa a tal actividad judicial. Estas virtudes son: imparcialidad y neutralidad al examinar las alternativas; consideración de los intereses de todos los afectados; y una preocupación por desarrollar algún principio general aceptable como base razonada de la decisión»[9]. También va a hablar de virtudes judiciales Manuel ATIENZA «como ciertos rasgos de carácter que deberían poseer —y quizá posean— los jueces» que posibilitan cierta anticipación o previsibilidad de las soluciones jurídicas para los casos concretos[10]. El catedrático de Alicante, apoyándose en MACINTYRE, vincula el "buen juez" con esas virtudes judiciales en cuanto cualidades adquiridas cuya posesión y ejercicio posibilitan modelos de excelencia y la obtención de ciertos bienes internos para toda la comunidad que participa en la práctica del derecho. El núcleo de la tesis acerca de las virtudes judiciales es que hay ciertos rasgos adquiridos en el carácter o la personalidad de algunas personas que los hacen más idóneos para cumplir la función judicial; aunque aclara ATIENZA que «las virtudes de los jueces no pueden ser muy distintas de las que caracterizan a otras profesiones o prácticas sociales (...) las virtudes básicas (las virtudes cardinales de origen griego) reciben una cierta modulación en razón de las peculiaridades de la práctica judicial»[11]. Esas personas que tienen un modo habitual de decidir, comportarse, de hablar, de pensar, de escuchar, de razonar, de conducir a otros, de enfrentar dificultades, etc., lo que constituye una especie de personalidad ética que permite suponer que van a cumplir la función del modo más perfecto posible o también permite suponer que los destinatarios de sus decisiones la aceptarán más fácilmente en razón de esas cualidades y calidades personales. Esas presunciones *juris tantum* tienen que ver con los requerimientos de la actividad judicial misma y con la visión de aquellos a los que se dirige dicha actividad judicial. Así por ejemplo si el juez debe «decir el Derecho» ello exige que lo conozca, por eso el hecho que ese juez efectivamente esté en posesión del conocimiento jurídico permite suponer que cuando hable dirá el Derecho y los destinatarios confiarán que lo que le asignan jurídicamente es lo que corresponde según el Derecho; si por el contrario es visible su ignorancia jurídica será prácticamente imposible que pueda decir el Derecho y sus pronunciamientos padecerán de un rechazo o presunción en contrario de su validez. Dicho lo mismo aunque de manera más completa y categórica: la ética judicial y sus exigencias tienen que ver con ciertos bienes o intereses en juego en la tarea judicial, de manera que según la calidad con la que ésta es prestada o ejercida aquellos bienes, intereses o perfecciones serán satisfechos

---

[9] HART, H., *El concepto de derecho,* Buenos Aires: Abeledo Perrot, p. 253.

[10] *Cfr.* ATIENZA, M., 2004: «Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de derecho», en *Jueces y Derecho,* México: Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 17 y ss.

[11] ATIENZA, M., 2001: «Ética judicial», en *Cuestiones judiciales,* México: Fontamara, p. 153.

o perjudicados en mayor o menor medida. Esos bienes y sus respectivos titulares reclaman ciertos comportamientos o hábitos para posibilitar o facilitar su cobertura o para aventar sospechas o para aceptar la discrecionalidad judicial. Los deberes negativos o positivos incluidos en la ética judicial son parasitarios de esos bienes, a punto que si uno no ve la relación entre aquéllos y los bienes en juego en la tarea judicial puede concluirse que esos deberes no están justificados racionalmente. El criterio de justificación racional de los deberes o exigencias éticas lo marcan los bienes comprometidos en la actividad del juez, por eso resulta inapropiada la denominación "deontología judicial" en tanto ella apela etimológicamente a un catálogo de deberes (*deon* = deber), mientras que la ética remite a esos bienes que hay que procurar alcanzar [12].

Resumiendo, podemos decir que la ética judicial requiere de ciertos comportamientos, aún mejor, de una cierta personalidad o idoneidad ética; pues hablamos de comportamientos o hábitos que presumiblemente facilitan o se necesitan para la obtención de los bienes comprometidos en esa actividad o que favorecen la aceptación de las decisiones judiciales fruto de cierta discrecionalidad por parte de sus destinatarios. Para decirlo en negativo: la ausencia de esa personalidad o idoneidad ética, o sea, esos comportamientos o hábitos opuestos a aquéllos comprometen *ab initio* esa posibilidad, presunción o aceptación de los destinatarios.

3. LOS BIENES QUE FUNDAN LAS EXIGENCIAS ÉTICAS JUDICIALES

Recordemos que contemporáneamente el juez cumple un servicio remunerado que le ha encomendado la sociedad, la que además le ha otorgado un cierto poder o imperio y le ha puesto a su disposición el auxilio de ciertos colaboradores, pero todo ello para derivar racionalmente desde todo el Derecho la solución justa que corresponde determinar para los casos que han sido asignados a su jurisdicción. Recalquemos algo ya dicho: derivación de la razón práctica que incluye cierta indeterminación o discrecionalidad judicial. Según esa tarea se cumpla bien o mal, mejor o peor, va a ver ciertos bienes satisfechos, insatisfechos o perjudicados. La noción de bien se asocia analógicamente a perfección, excelencia, completitud o acabamiento y, en consecuencia, podemos identificar diversos bienes o intereses o perfecciones implicados en la tarea judicial, a saber: el bien de los justiciables, el bien de la sociedad, de los abogados, el bien de los colegas, el bien de los auxiliares, el propio bien del juez implicado y el bien del Derecho. En definitiva, las consecuencias de un buen, mal o mediocre juez impactan directamente sobre algunos o todos esos bienes y, consecuentemente, resultarán beneficios o perjuicios. Esos resultados de la actividad judicial que se traducen en perfecciones o frustraciones generarán, consiguientemente, una mejor o peor situación, lo que conllevará felicidades o realizaciones, o frustraciones o infelicidades en relación directa a los mismos resultados. Por detrás de una exigencia ética hay siempre alguien que espera o algo que resulta para "bien" o para "mal", lo cual será fuente

[12] «La ética profesional se centra ante todo en el tema del bien. Sin la perspectiva ética, la deontología se queda sin horizonte de referencia», FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J. L., HORTAL ALONSO, A., 1994: *Ética de las profesiones,* Madrid: Universidad Pontificia de Comillas, p. 57.

de felicidad, gozo o infelicidad o lamento[13]. Este resultado muchas veces es racional u objetivo pero, en otras, la certeza probable o excepcionable que provoca se ve corroborada o puesta en duda, la que en buena medida se despeja o se agrava en base a la confianza o desconfianza que suscita el agente responsable de la decisión. Advirtamos que esa confianza o desconfianza de los destinatarios judiciales, si bien puede ser irrazonable o patológica, también puede ser razonable o justificada. Será razonable o justificada cuando se apoya en exigencias reclamadas al juez que tienen que ver con las características de esa función, y con la mejor o peor disposición para cumplirla del modo más completo posible aventando las dudas respectivas.

Ejemplificando lo dicho en el párrafo anterior con la exigencia ética del «conocimiento del Derecho» podemos visualizar los bienes comprometidos en la misma según el listado de bienes o destinatarios señalado arriba. Indiquemos en primer lugar el bien de las partes que pueden confiar o presumir que lo dicho por el juez es efectivamente el Derecho dado que les consta su conocimiento aquilatado, e incluso esa autoridad académica que inviste el juez les hace aventar desconfianza o les facilita la aceptación de lo dicho como Derecho. Pero además del bien de las partes, también el de los abogados está presente dado que argumentar jurídicamente frente a un juez ignorante o no actualizado sobre el Derecho aplicable es casi una pérdida de tiempo o un esfuerzo inútil. El bien de la sociedad, en tanto sus miembros o las autoridades pueden esperar confiadamente si algún día les toca ir a los tribunales dado que los jueces conocen el Derecho, y también porque se evitan gastos innecesarios o se genera la confianza indispensable como para que la economía funcione apropiadamente. El bien de los colegas, dado que el juez ignorante proyecta su descalificación o falta de confianza sobre los otros colegas atento a que los ámbitos profesionales generan un cierto bien corporativo o sectorial que se construye, protege o potencia entre sus integrantes y lo que hace uno repercute de alguna manera en los otros. El propio bien del juez, atento que al exigírsele conocimiento jurídico se está favoreciendo su autoestima, prestigio o reconocimiento que deriva de esa capacitación, amén de evitarle eventuales perjuicios, frustraciones o inquietudes por interrogantes sin respuestas. El bien de los auxiliares en tanto ellos también se benefician o perjudican según presten servicios a jueces ignorantes o capacitados en el Derecho. Finalmente, el bien del Derecho, dado que analógicamente también él resulta mejorado o empeorado según lo opere un juez capacitado o ignorante del Derecho.

Esas exigencias éticas que apuntan a la persona del juez se determinan en orden a lograr el mejor o más excelente juez para esa sociedad de ese tiempo y lugar. Es ésta la perspectiva formal de la ética judicial: el mejor juez históricamente determinado. En aquellas exigencias habrá algunas universales (por ejemplo: independencia) en tanto son constitutivas de la esencia misma de ser juez, aunque no se excluye el contenido histórico que ellas legítimamente asumen sin violentar los respectivos núcleos constitutivos o definicionales. Pero además de exigencias universales hay otras totalmente contingentes que se explican en función de tiempo y lugar, por ejemplo, establecer el requerimiento de una cierta "austeridad republicana" para los jueces argentinos de la

[13] Resultan muy interesantes las explicaciones de Antonio MILLÁN-PUELLES en torno a lo que llama las tres condiciones una ética realista: el amor de sí mismo, la búsqueda de la felicidad y el placer (de 1996: *Ética y realismo,* Madrid: Rialp, p. 32).

actualidad replicando lo previsto en la ley de ética de la función pública. Remitirnos al "mejor juez" implica pensar en que lo que ellos hacen resulte ser lo más perfecto posible, por eso las exigencias éticas pretenden generar las condiciones para que se logre aquel completo resultado y se evite suscitar temores sobre la calidad del trabajo judicial. Logrando por el camino de la ética judicial el "mejor" juez posible, los bienes o intereses implicados quedarán cubiertos o satisfechos.

La ética judicial al pretender el mejor juez no sólo rechaza el "mal juez" sino también el "juez mediocre", o sea, no sólo aquel que hace lo contrario de lo exigido sino aquel que lo cumple en menor medida de lo que él podría o se pretende. Siguiendo con el ejemplo del conocimiento del Derecho, es obvio que el mismo se puede satisfacer de manera muy diferente, y así no sólo encontraremos el que ignora el Derecho sino también aquel que no se esfuerza en conocerlo y se limita a consultar sólo a alguna fuente doctrinaria porque está a su fácil alcance. La ética reclama vocación de excelencia o magnanimidad, y por sobre la decisión personal del juez, ella está implícita o requerida en el mandato otorgado por la sociedad para cumplir con su importante tarea que la lleve a cabo del mejor modo. Seguramente la sociedad no le brindaría ese poder a quien confiese inicialmente que lo cumplirá mal o mediocremente; por eso, no seguir la ética es un modo de defraudar aquella condición implícita que conlleva el privilegio de la función.

4. UNA NÓMINA DE LAS EXIGENCIAS ÉTICAS JUDICIALES

Conforme a lo señalado, el objeto material de la ética judicial será el juez, y la definición de quién y cómo efectivamente se alcanza la función judicial es un tema que nos remite al Derecho y a la cultura de cada sociedad (así por ejemplo: qué edad se exige, qué conocimientos, quién designa, etc.). El objeto formal de la ética judicial es qué le exigimos a ese juez para que llegue ser el "mejor"; se trata de exigencias que constituyen pre-requisitos o condiciones para esa excelencia y también exigencias que se vinculan a un modo apropiado de cumplir la actividad; el hecho de que el juez cuente o satisfaga esas exigencias genera presunciones de excelencia a favor de la actividad cumplida por el mismo, amén de ponerlo en posesión de aquella capacidad para cumplirla excelentemente, y así logra cierta "autoridad" que facilita la aceptación de sus decisiones. El justificativo principal de esas exigencias son los bienes o intereses implicados, aunque su racionalidad también descanse en cierta antropología o psicología apoyada en la experiencia humana consolidada. Son precisamente esos bienes los que se constituyen en los fines mismos de la actividad judicial, de donde su insatisfacción genera lo que en la terminología de MacIntyre se llama "corrupción", dado que se estaría prestando la función no buscando los fines que justificaron su creación legítima sino poniéndola al servicio de fines externos a la misma como el placer, el dinero o la fama[14]. De todas maneras, en la ética judicial, como en cualquier ética profesional, será inevitable el discurrir por exigencias muy generales cuya aplicación concreta puede generar mil particularidades, por eso, a los fines de cubrir esa distancia

[14] *Cfr.* Cortina, A., 1996: «La regeneración moral de la sociedad y de la vida política», en *Corrupción y ética,* Bilbao: Cuadernos de Teología Deusto.

entre lo general y lo concreto y cubrir las inquietantes indeterminaciones de las exigencias en sus destinatarios, existe la posibilidad de establecer Comités u Órganos de consultas para las dudas éticas. Precisamente, los interesados, que nunca serán buenos jueces en propia causa ética, tienen la posibilidad de recurrir a ellos para plantear anónimamente sus incertidumbres en torno al comportamiento que corresponde adoptar éticamente, y así despejar dudas y cubrirse por eventuales futuros problemas.

4.1. Independencia

Toda ética profesional requiere que el profesional preste su servicio según su ciencia y conciencia; en consecuencia, resulta incompatible la misma con un profesional que aparezca sometido a las directivas del cliente mientras presta su trabajo. No se trata del deber de informar lo que se va a hacer, sino que aceptado el servicio y sus características, estará en manos del profesional la prestación del mismo. En el caso del juez lo que se pretende es que él y sólo él sea quien derive desde el Derecho la solución justa para el caso, o sea, se reclama la auto-determinación judicial en cuanto no hay un tercero que le indique qué debe decir en el proceso o en su sentencia. Dado que estamos hablando de ética judicial, concentraremos nuestra atención en la independencia subjetiva o personal y, en consecuencia, no aludiremos a esa otra dimensión de la independencia que es la estructural, institucional u objetiva, o sea, a las definiciones en torno a las relaciones entre el poder judicial y los otros poderes; al modo en que se designa, sanciona o destituye al juez; al presupuesto judicial; al nivel remuneratorio; etc. En la conciencia social de nuestros días quizás el mayor riesgo para que la reclamada independencia se vincule al Poder político, en tanto se puede suponer que el mismo ejerce una influencia decisiva sobre el juez atento a que lo ha constituido como tal, le permite mantenerse en la función o lo puede remover. Sin embargo, en ese terreno de la independencia subjetiva o personal hoy existe una difundida opinión entre los jueces de que uno de los mayores desafíos a su independencia es el poder de los medios de comunicación social capaces de generar en la población la convicción acerca de ciertas respuestas jurídicas, lo que luego torna tremendamente complicada la decisión judicial en tanto sea contraria a aquel prejuzgamiento periodístico.

En la presente exigencia ética como todas las restantes no sólo se pretende que un juez efectivamente la cumpla sino que también genere la impresión que ello es así; pues la ética judicial en función de los bienes o intereses comprometidos exige tanto el ser como el parecer. Entonces el juez, para decidir lo que éticamente le corresponde hacer, no sólo debe atender a su conciencia sino también a las posibles lecturas que los otros harán de su comportamiento. Además también vale para esta y las restantes exigencias que cuando la ética judicial impone un deber está implícito el derecho de exigir la posibilidad de cumplir con el mismo, y es desde esta lógica bifronte que el Estatuto del Juez Iberoamericano contempla el derecho de un juez amenazado a pedir al Estado protección policial.

Considerando algunos problemas éticos específicos, mencionemos el de la relación de los jueces con los partidos políticos. En particular aparece la cuestión de la afiliación a los mismos, y la indicación ética al respecto es que el juez no sólo suprima toda relación con los partidos, sino que suspenda su afiliación o, mejor aún, se des-

afilie como un gesto simbólico de compromiso público con la independencia. Esa desvinculación es hacia las instituciones partidarias, pero también hacia las personas o dirigentes políticos que las representan.

4.2. Imparcialidad

El juez por definición es un tercero equidistante respecto a las partes que traen su problema jurídico para que lo resuelva. Esta exigencia guarda relación con la anterior aunque apunta a una de las características de la función judicial en la que hay partes enfrentadas en su reclamo. La humanidad dio un gran salto civilizador o racional cuando abandonó la resolución de los problemas jurídicos a través de la fuerza, la astucia o el azar y los puso a tales fines en manos de un tercero imparcial. Es contraintuitivo suponer que alguien pueda consentir que su caso sea resuelto por un amigo de la contraparte, más bien lo evidente es que pretenda la intervención de un imparcial tanto en la realidad como en las apariencias. La respuesta jurídica a la reclamada imparcialidad transita por el camino de las excusaciones y recusaciones, aunque hay causales más vinculadas a la interioridad del juez (por ejemplo, la violencia moral) que resultan difíciles de ser controladas y que en consecuencia requieren de un manejo ético no abusivo por parte de quien la invoca.

Entre los problemas éticos que conlleva la imparcialidad está el modo éticamente tolerado o aconsejado de reunirse el juez con las partes y/o sus abogados. Al respecto son posibles distintas propuestas, por ejemplo las siguientes: 1. Que se rechace la posibilidad de esas reuniones atento a que si alguna parte o abogado tiene algo para decir al juez lo debe hacer por medio de un escrito o a través de la secretaría. 2. La reunión sólo puede efectuarse en la medida que comparezcan ambas partes o abogados (solución adoptada por la Corte Suprema nacional). 3. La parte interesada en la reunión efectúa el pedido por escrito, el que es resuelto por el juez previa vista a la contraparte. 4. El juez puede recibir a una de las partes pero luego debe notificar de tal entrevista a la contraparte ofreciéndole un trato equivalente. 5. El juez recibe a quien lo solicita pero en su despacho y en presencia de un colega o el secretario. Nos parece éticamente desaconsejable que el juez reciba a la parte sin el abogado apoderado.

Otro problema es el de los regalos. En principio cabe una respuesta negativa en torno a la posibilidad de los mismos al juez por parte de los litigantes. Sin embargo, puede haber situaciones complicadas; como por ejemplo cierta costumbre de regalar comestibles o bebidas con motivo de las fiestas de fin de año; o también el regalo del libro escrito por el abogado que litiga en ese juzgado; o asimismo el regalo para el día del cumpleaños del juez; etc. De todas maneras, el establecimiento de una norma ética precisa al respecto brinda la posibilidad de saber qué conducta adoptar y con ese respaldo evitar las molestias de abogados o eventuales incomprensiones por cambiar criterios que se venían aplicando.

Aquí, y también en la exigencia anterior, entra la cuestión del comportamiento judicial respecto a los medios de comunicación social. Más allá de la necesidad de informar y del derecho de los medios a recabar esa información, el juez debe ponderar otros intereses y, además, no puede incurrir ni dar la impresión de que hay un tratamiento desigual a las partes o existe una intencionalidad respecto a la causa judicial

en trámite. Los Códigos de Ética judicial se han detenido en este punto dando algunas pautas específicas al respecto, así por ejemplo el de la provincia de Santa Fe en sus arts. 5.2 y 6.13, el de Costa Rica en los arts. 3 y 8 o el de Italia en el art. 6.

4.3. Conocimiento

Cualquier profesión supone un cierto conocimiento vinculado al servicio que se presta, y esa indicación ética también abarca al juez. En este caso advirtamos que no es sólo el conocimiento de la rama jurídica implicada en la competencia jurisdiccional respectiva, sino también el conocimiento del sustantivo "Derecho" a secas y de aquel Derecho requerido para cualquier juez, por ejemplo el constitucional, el humanitario, el de los derechos humanos, el internacional, la teoría interpretativa, etc. Pero también el conocimiento judicial requerible es acerca de ciertos saberes no estrictamente jurídicos referidos a los hechos que necesitan ser conocidos para decir el Derecho al respecto.

Más allá de la materia del conocimiento, una de las discusiones éticas es acerca de la capacitación obligatoria u optativa, y pareciera consolidarse la alternativa de la obligatoria: así, el Estatuto del Juez Iberoamericano la impone en casos de «ascensos, traslado que implique cambio de jurisdicción, reformas legales importantes y otras circunstancias especialmente calificadas» (art. 28). Incluso ese Estatuto en el art. 23 avanza sobre la posibilidad de imponer la capacitación judicial como «medida correctiva o disciplinaria». Por supuesto que aun cuando se establezca la capacitación como obligatoria siempre será razonable brindar la alternativa que se acredite estar capacitado como para evitar la asistencia innecesaria a los Cursos correspondientes.

Recordemos aquí que si existe el deber a la capacitación también cabe reconocer el derecho a reclamarla o recibirla, dado que la ética no puede exigir algo de imposible cumplimiento.

Un juez que ignora el Derecho no tiene capacidad para decirlo, o sea, carece de una específica para ser juez, por lo que pesarán sobre él todas las dudas en torno a cada una de sus decisiones, especialmente aquellas difíciles.

4.4. Prudencia

En una terminología clásica de ética profesional se habla de la ciencia y también de la conciencia, es decir, esta última apela a la capacidad como para operar con aquella ciencia determinando racionalmente la conducta que ella exige para cada caso. Así no basta para el buen médico que sea capaz de dar una clase sobre apendicitis sino que sea capaz de realizar la respectiva cirugía. En el caso del juez resulta particularmente visible su conexión con la prudencia en tanto su objeto coincide con el mismo objeto de la función judicial, es decir, determinar racionalmente la conducta justa debida o prohibida según el Derecho. Incluso esa conexión se revela en la misma terminología de la *iuris-prudentia* en tanto obra de los *iuris* prudentes.

La prudencia es mucho más que conocimiento, es —al decir de CICERÓN— «el arte de vivir» y de vivir conforme al "bien" o lo mejor. En el campo de lo jurídico

sería conocimiento en acción o proyectándolo en los casos concretos que requieren una respuesta jurídica. Pero a su vez desde la filosofía clásica esa capacidad racional acerca del bien en las cosas de la vida circunstanciada se la conecta con ciertas cualidades en el razonamiento o condiciones personales; así por ejemplo: 1. Experiencia: decía ARISTÓTELES que era posible encontrar un joven brillante en matemáticas pero era improbable que existiera en materia de prudencia, es que ésta requiere de haber vivido y la memoria respectiva. 2. Capacidad de diálogo: tratándose de conductas humanas donde la certeza no es absoluta, es importante contar con esa disposición a escuchar otros puntos de vista y poder ponderar razones. 3. Humildad: como para cambiar posturas y acudir a aquellos que más saben; quien cree estar en posesión absoluta de la verdad y sólo dispuesto a brindarla a los otros difícilmente llegará a ser prudente. 4. Circunspección: o sea, preocupación por leer detenida y completamente las circunstancias en las que se desenvuelve la conducta objeto de la prudencia. 5. Previsión: es que la prudencia requiere no sólo el caso en el que corresponde pronunciarse sino también las consecuencias que a partir del mismo se pueden derivar más allá del mismo. 6. Coherencia: la racionalidad está reñida con las incoherencias de toda índole, por ejemplo la lingüística, la lógica, la insinceridad, tratamiento desigual de lo igual. 7. Tiempo: en tanto seguramente no habrá razonamiento prudencial si no estamos dispuestos a disponer de un tiempo necesario para ello, pues los apresurados difícilmente serán prudentes; etc. Quien carece de esas condiciones para ser prudente deberá procurarlas, porque de lo contrario sus decisiones judiciales difícilmente serán prudentes y, por ende, resultarán imposibles sus posibilidades de excelencia.

4.5. Justicia

Al ser la medida de todos los actos buenos y de las virtudes respectivas, se requiere de la prudencia jurídica para discernir lo justo pero también se necesita el querer darlo. Conocida es la clasificación de las cuatro virtudes cardinales, y según ella la prudencia inhiere en la razón práctica y la justicia en la voluntad. Desde esta perspectiva hubiese bastado exigir prudencia dado que el juez estrictamente cumple una función de discernimiento racional, pero la justicia apela a ese "apetito espiritual" cuyo objeto es lo suyo de cada uno y el querer que éste sea recibido por su titular. Quien es justo seguramente cuenta con la mejor matriz para que la razón prudencial logre determinar lo justo en cada caso, por eso ARISTÓTELES llama al juez «justicia viviente o animada» (*dikasterion*) en tanto los hombres llevan a él sus diferencias porque están convencidos que «ir al juez es ir a la justicia» (EN 1132a: 19-22) [15]. Un juez prudente es capaz de decir lo justo, pero si además —precisa Tomás de AQUINO— es justo lo dirá «con prontitud y agrado» (S. Th. I-II, 107, 4); en definitiva, quien quiere y logra la justicia en sus actos vive en un compromiso verdadero con el otro [16].

Quizás un modo apropiado de recuperar esa exigencia ética de justicia para el juez es recordarle que tome conciencia de su función y quiera «determinar lo justo desde

---

[15] *Cfr.* GARCÍA MAYNEZ, E., 1984: «Imagen aristotélica del buen juez», en *Ensayos Filosóficos-Jurídicos,* Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 389-398.

[16] *Cfr.* PIEPER, J., *Las virtudes fundamentales,* Madrid: Rialp, pp. 99 y ss.

el derecho», por eso su preocupación para respetar y querer dar la justicia. Acertadamente insiste GABALDÓN LÓPEZ: «no cabe, pues, en el juez una actitud de neutralidad moral, porque las normas éticas le exigen una actuación que tienda a conseguir la justicia como meta de sus actos» [17]. Más aún, desde Antígona aparece el riesgo de que lo dispuesto por la autoridad sea injusto, y lo sea de una manera extrema y evidente, por eso quien debe decir el Derecho necesita de ese propósito de justicia. Seguramente quien no quiere dar lo justo o carece del hábito respectivo le costará asumir la tarea de discernimiento atento a que la razón humana no es algo desencarnado o desvinculado del apetito. En la confianza del ciudadano que asiste a un despacho judicial pesará de manera significativa cuál es la imagen que el juez se ha forjado en torno a la justicia, y no sólo mirada en términos jurídicos o judiciales, sino principalmente en cuanto a sus comportamientos como ciudadano respecto a lo que confiere o respeta de los demás.

No está de más recordar la dimensión analógica o los distintos modos de la justicia, por eso de ella se habla tanto en la distribución en beneficio de los particulares, en la conmutación que procura equivalencia en las contraprestaciones y en la imposición de débitos en beneficio del todo social, pero tratándose del juez sin olvidar que lo justo y lo equitativo son «ambos valiosos», es la equidad preferible en cuanto perfección de la justicia en función del caso en que se pronuncia el juicio prudencial del juez.

4.6. Fortaleza

En la visión clásica también era ésta una de las virtudes cardinales que tenía por objeto el "bien arduo" (*bonum arduum*) en tanto permite la adhesión al mismo resistiendo o asumiendo los riesgos respectivos. Hablando del juez aparece como evidente la exigencia de la fortaleza o valentía, en tanto un juez cobarde es susceptible de fácil pérdida de su independencia o imparcialidad. Por supuesto que no estamos hablando de temeridad, o sea, de alguien que busque o se deleite en el peligro, sino de aquel que es capaz de decir el Derecho que corresponde aun "con" miedo pero nunca "por" miedo.

Se trata de una exigencia ética íntimamente vinculada con un cierto talante psicológico frente a los riesgos y las incertidumbres, que reclama el perseverar a pesar de los mismos y también el enfrentarlos. Seguramente si la ciudadanía percibe en un juez esas personalidades débiles, dubitativas o incapaces de hacerse respetar, asociará esas cualidades a la función profesional y sentirá temor de cómo será juzgada su causa si la contraparte es alguien poderoso. A la hora de los test sicológicos o entrevistas para candidatos a jueces aparece esta exigencia como una de aquellas que interesa vislumbrar en qué medida la pueden cubrir si llegan a estar como juez en situaciones riesgosas.

Una vez más recordemos la bifrontalidad de estas exigencias en tanto si bien existe el deber a ser fuerte o valiente (no temerario), también cuenta el destinatario con el

---

[17] GABALDÓN LÓPEZ, J., 2003: «Reflexiones sobre la ética judicial», en *Ética de las profesiones jurídicas,* t. II, Murcia: Universidad Católica San Antonio, p. 795.

derecho a que se le provea de medios razonables (como por ejemplo de protección policial) a los fines de facilitar o posibilitar el cumplimiento de la misma.

4.7. Honestidad

Contemporáneamente el profesional es alguien que cuenta con su profesión para obtener los recursos económicos que necesita para vivir, y precisamente la honestidad tiene que ver con esa legítima posibilidad que reciba lo que le corresponde como retribución de sus servicios. Yendo al juez, la honestidad consiste precisamente en que reciba lo que le corresponde, ni más ni menos; y ello no implica obviamente la alternativa grotesca y delictual de la coima o sus análogos, sino la más sutil que exige que use para la función judicial los bienes o recursos que el Estado o la sociedad han puesto a su disposición. Advirtamos que en cuanto a la alternativa de una prohibición absoluta de utilizar bienes públicos en beneficio privado cualquier ciudadano espontáneamente puede verse inclinado a suscribirla; pero sometida a un control de razonabilidad tal opinión seguramente puede advertirse que resulta exagerada en tanto su seguimiento estricto corre el riesgo de ser más perjudicial que beneficiosa: así por ejemplo no parece inteligente que se prohíba a un juez llamar a su casa para ver cómo sigue su hijo enfermo o que se le impida usar un lápiz o papel para hacer anotaciones particulares. En sintonía con esta preocupación algunos códigos de ética judicial han optado por establecer restricciones de bienes públicos en la medida que resulten "abusivas", "irrazonables" o "desproporcionadas". De todas maneras la idea directriz es que aquellos medios han sido puestos en manos del juez para el cumplimiento de su función y cualquier afectación distinta genera una presunción de falta ética que luego puede llegar a diluirse o justificarse.

En sintonía con el ser y el parecer, como así también con el legítimo control social sobre los funcionarios que la representan o que ejercen el poder que se les ha delegado, aparece la necesidad de efectuar "declaraciones juradas" de bienes que puedan evidenciar la evolución razonable o no sospechosa del patrimonio. No obstante las polémicas suscitadas en torno a dichas declaraciones en cuanto a la resistencia que ha generado en algunos jueces para efectuarla, lo cierto es que los fundamentos para ese rechazo lucen particularmente débiles y exclusivamente argumentados desde el interés personal del mismo juez, pero marginando totalmente los otros intereses o bienes comprometidos y aducidos por los destinatarios de su actividad.

Quizás sea la templanza la vía para vincular esta exigencia ética con el cuadro de virtudes cardinales. Recordemos que aquélla tiene por objeto cierta moderación en la posesión y el uso de bienes externos o aquellos vinculados con el apetito concupiscible. Esa falta de medida propia del "destemplado" termina afectando —advierte Santo Tomás de AQUINO— su «tranquilidad de espíritu» (*quies animi*) en tanto se compromete el autodominio o deja de ser «dueño de sí mismo» (II-II, 157, 4).

4.8. Decoro

Esta palabra se vincula a la arquitectura, más específicamente al ornato en tanto cada profesión tiene un modo de vestir, de hablar, de comportarse, de arreglar el espa-

cio en donde se presta la profesión, etc. y, en consecuencia, también la actividad judicial tiene un decoro particular. Obviamente que es muy distinto el decoro de un arquitecto, de un encargado de un taller mecánico, de un médico o el del juez, por eso hay cosas que en relación a una de esas profesiones puede resultar decoroso mientras que para otra no lo sea (por ejemplo respecto a la limpieza de la ropa o de las manos, el decorado en las paredes o el estilo lingüístico).

Uno de los problemas implicados en torno al decoro es respecto a la vida privada o no profesional desplegada por el profesional en el espacio público, concretamente si la ética profesional avanza sobre aquélla. El problema, entonces, es si resulta legítimo pretender que el profesional conserve un cierto decoro cuando no presta sus servicios; así, por ejemplo, si la ética le prohíbe que se emborrache en algún bar de su ciudad, que concurra a ciertos lugares donde se practique la prostitución, que forme parte del elenco de un teatro de revistas, que como espectador de un partido de fútbol reaccione descontroladamente insultando o subiéndose al alambrado contra el árbitro o contra el equipo contrario, etc. Al respecto, la línea consolidada en los códigos de ética profesional es que no prescinden de ese espacio en donde no se presta la profesión, y más bien coinciden en avanzar también sobre la vida privada no profesional poniendo normalmente el límite de la "dignidad de la profesión". Más aún, hay algunas prohibiciones tradicionales en las leyes orgánicas de tribunales que son ejemplo de ello, así la que prohíbe a los jueces a concurrir a salas de juego. Frente al eventual reparo que se puede hacer a esos avances éticos invocando el art. 19 de la Constitución nacional, se responde —entre otras razones— que ahí se habla del ciudadano común que no es asimilable sin más al profesional, dado que éste presta una función pública o un servicio contando para ello con cierto respaldo o monopolio otorgado por la ley, amén de la invocación al orden y a la moral pública.

De todas maneras, el problema más grave es quién fija el contenido del decoro, atento a que podemos encontrarnos con ciertas sociedades dominadas por tradiciones poco racionales que impongan exigencias éticas profesionales inequívocamente contrarias a los derechos naturales o fundamentales; por ejemplo, la prohibición de que las mujeres ejerzan ciertas profesiones con el pretendido fundamento de que no están acordes con su "dignidad". Al respecto las soluciones que se ofrecen a ese problema serían tres: 1. El decoro lo fijan ciertos ámbitos o sociedades ajenos al lugar donde se presta la profesión pero que se consideran más aptos para establecerlo, por ejemplo atenernos a lo que se piensa en París, la Universidad de Berkeley o San Francisco. 2. El decoro lo establece la sociedad a la que se le presta el servicio y que ha brindado la posibilidad para ello. 3. Se parte del decoro pretendido por la sociedad de ese profesional pero se someten esas exigencias a un control de racionalidad, dado que si bien es legítima aquella primera aproximación, es peligroso un sometimiento dogmático a la misma (pensemos lo que pudo haber establecido respecto a los judíos la ética profesional de la Alemania nazi). Sin duda que esta última propuesta deja un cúmulo de dudas e incertidumbres, pero recordemos que atento a la materia en que estamos no hay posibilidad de encontrar una fórmula inequívoca que permita resolver todas las situaciones y evite la necesidad del juicio racional o prudente en concreto. Para esas inevitables indeterminaciones estarán —entre otros antídotos— un diálogo racional que brinde contenido más concreto al decoro y una apropiada integración y funcionamiento del Tribunal de Ética y de la Comisión de Consultas éticas.

4.9. Secreto o confidencialidad

El profesional, al hilo del servicio que presta, accede a un conocimiento de aspectos variados respecto a su cliente o usuario y, por supuesto, que éste parte de la base que esa información sólo será usada a los fines del mejor trabajo profesional. La ética exige esa reserva y consiguientemente prohíbe que sea difundida deliberadamente o sin propósito alguno a terceros ajenos a la relación profesional; ello reclama del profesional una actitud positiva o activa como para evitar esas infidencias y reaccionar apropiadamente al detectarlas.

La función judicial es fuente de mucha e importante información respecto a las partes, y frecuentemente hay intereses comerciales o de otra índole ansiosos como para obtenerla; por eso la ética exige no sólo que el juez esté consciente de este deber de confidencialidad sino que también lo asuma adoptando medidas eficaces para neutralizar eventuales fugas de información y para investigar o sancionar a los responsables en caso de producirse. Esa exigencia de reserva judicial se extiende a sus familiares, colegas, periodistas, alumnos, etc., o sea, respecto de todos aquellos que resultan terceros en la relación profesional. Los códigos de ética contemplan normalmente situaciones que eximen al profesional de mantener ese secreto profesional, así por ejemplo hablan a los fines de la propia defensa frente a un reclamo o demanda, y también para evitar la comisión de un delito o de un daño.

Para explicar la racionalidad de la presente exigencia hay que recurrir al objeto mismo de la función judicial, pues ésta supone un servicio concreto que se presta a las partes en relación al problema jurídico que las enfrenta y, en consecuencia, rechaza eventuales beneficios —importantes o casi intrascedentes— para el juez en base al uso que pueda hacer de la información obtenida en la tramitación de la causa.

4.10. Cortesía o afabilidad

El servicio profesional se presta a un semejante o prójimo, es decir, se canaliza a través de una relación humana en donde está comprometida recíprocamente la dignidad y el respeto de las partes. No hay sometimiento ni subordinación personal alguna, sino más bien una relación que transita en un plano de igualdad intrínseca. Consiguientemente el profesional debe estar dispuesto a brindarle al cliente o usuario las explicaciones o informaciones que oportuna y justificadamente le requiera, y debe hacerlo a través de un trato respetuoso y cortés.

Por supuesto que también sobre el juez pesa esta exigencia en sus relaciones con las partes, abogados, colegas y auxiliares, quien además debe recordar que la autoridad no se construye en base a desplantes, impuntualidades o gritos. Cualquier ciudadano en base a una experiencia humana consolidada puede legítimamente asociar esa beligerancia o indisposición para el trato respetuoso a cierta personalidad desequilibrada o descontrolada incapaz de analizar pausada, racional y dialógicamente los problemas complicados propios de la tarea judicial. La autoridad, preocupada por obtener el mejor premio al que puede aspirar —según Santo Tomás de AQUINO—, que es el "afecto", "amistad" o "amor" de los ciudadanos, debe tratarlos del modo idóneo a tales fines, pues sólo un masoquista puede apreciar o respetar a aquel que lo maltrata.

4.11. Diligencia

Todo cliente o usuario pretende que el profesional le preste el servicio en tiempo y forma y que para ello debe poner los medios adecuados y procurar alcanzar el resultado que busca al recurrir a sus servicios. Mirado desde el profesional esta exigencia implica evaluar los medios disponibles para el resultado pretendido, escoger el mejor y esforzarse para conseguirlo. Su obligación es poner los medios para el fin buscado por el cliente, pero no le es indiferente la obtención o no del mismo, pues ello repercutirá directamente a la hora de su responsabilidad.

En el caso del juez su función le impone resolver de la mejor manera y en el menor tiempo posible el problema bajo su jurisdicción, por eso aparece la exigencia de privilegiar el trabajo judicial frente a otros posibles servicios. Se inscribe aquí lo referente a las incompatibilidades laborales del juez, que entre otras razones se justifican para que el juez no distraiga su tiempo en aquello que le es lo más importante. Esas incompatibilidades, más allá de las previsiones legales, tienen esa razón de ser y en consecuencia se tornan plenamente justificadas desde un punto de vista ético cuando el juez no resuelve sus asuntos en tiempo y forma. También aparece aquí la obligación del juez de concurrir a su despacho, especialmente respecto de aquel que lleva el despacho diario, como un modo de "aparecer" o mostrar a los ojos de la sociedad su compromiso con la diligencia.

Es cierto que las leyes orgánicas y también la cultura forense han brindado contenido bastante concreto respecto a la presente exigencia de la diligencia. Así en la provincia de Santa Fe la Ley Orgánica exige a los jueces de primera instancia el concurrir diariamente a su despacho (sin fijarle horarios) y a los camaristas el concurrir el día del acuerdo aunque aquel que lleva el trámite deberá hacerlo diariamente. Seguramente el mejor modo de satisfacer esta exigencia, sin que provoque el reclamo pertinente de los usuarios del servicio, es que efectivamente las decisiones judiciales se produzcan en tiempo y forma oportuna.

4.12. Transparencia, coherencia o buena fe

Alguien que mantenga una doble vida, un doble discurso o falte a la correspondencia entre lo que dice y lo que hace, se torna una persona poco confiable con respecto a aquellos con los que trabaja o para aquellos a los que trabaja. Más allá del modo en que efectivamente se preste la profesión, el buen profesional supone y requiere que el cliente o usuario, como así tambien sus auxiliares y colegas, confíen en él de manera que el trabajo, con toda la carga de conexiones, independencia y discreción que encierra inevitablemente, no quede sumido en un marco de desconfianza motivado en aquella falta de transparencia o incoherencia.

En el caso del juez en tanto cabeza de un grupo humano y una tarea que conlleva marcada discreción se torna importante esta exigencia. Para decirlo negativamente, si pensamos en un juez que conduce a sus empleados en base a la mentira, la sospecha, la palabra que no respeta, etc., seguramente le resultará más difícil imponer un espontáneo y confiable seguimiento. Cualquier elemental manual de *management* y básica experiencia humana confirma cuánto se facilita la dirección de otros en la medida que

ellos vean coherencia y transparencia. Principalmente los abogados y colegas saben o tienen presente alguna opinión en torno a la presencia o ausencia de esta exigencia ética a la hora de entablar relaciones personales y profesionales, pues se trata de una nota que incide fuertemente en la visión ética de los otros y, por ende, resulta ser favorecedora o entorpecedora de esos contactos.

4.13. Austeridad republicana

Es ésta una exigencia que tiene íntima conexión con las circunstancias de tiempo y lugar. Así en la Argentina, en el contexto de las serias dificultades económicas y sociales que ha vivido en estos últimos tiempos, resulta razonable la exigencia prevista en la ley de ética de la función pública de "austeridad republicana" para sus funcionarios. Se trata de que éstos exhiban ciertos bienes externos que guarden correspondencia con el nivel de limitaciones que padece la ciudadanía en general al respecto. Parece poco razonable que haya funcionarios que aparezcan ricos en medio de ciudadanos pobres que, al mismo tiempo y paradojalmente, son los que le pagan mensualmente sus salarios.

Esa exigencia prevista para los funcionarios públicos en general se proyecta innegablemente para los jueces, más aún, la ciudadanía seguramente vería con malos ojos a aquel juez que se preocupa desmedidamente por los bienes externos procurando lucir aquellos que resulten ser los más onerosos. No se trata de deshonestidad dado que puede tratarse de un juez privadamente muy rico, pero lo que se le pide es que a la hora de adquirir bienes procure computar el nivel de problemas económicos y sociales que padece la sociedad a la que les prestará sus servicios judiciales. Incluso puede resultar comprensible que alguien vea en esa restricción algo incompatible con sus gustos y por ende opte por renunciar o no aceptar el cargo de juez. El contenido de esta exigencia tiene esa dimensión histórica que remite a una sociedad particular, por eso no queda sólo librada a la mera conciencia ética del juez implicado.

4.14. Responsabilidad

En toda ética profesional se incluye esta exigencia, que implica que el profesional esté dispuesto a "responder" por lo que ha hecho respecto de todos aquellos interesados o implicados —directa o indirectamente— en el trabajo prestado. Es decir, que esta exigencia conlleva que el profesional no eluda, ni transfiera, ni entorpezca ese momento incluido en su servicio en el que deberá brindar explicaciones, pedir disculpas, otorgar reparaciones, aceptar reproches, etc. En el caso del juez es posible discernir distintos ámbitos de la responsabilidad profesional: 1. Penal: frente al juez competente respecto a su conducta tipificada como delito. 2. Civil: por los daños reclamados por alguna de las partes ante el juez competente. 3. Administrativa o disciplinaria: que discernirá la autoridad administrativa por los incumplimientos a las reglamentaciones administrativas aplicables. 4. Científica o académica: en tanto le corresponde al mundo académico juzgarlo principalmente por medio de críticas o elogios acerca del modo en que operó el Derecho y cómo ha quedado el mismo. 5. Corporativa o colegiada:

frente a sus colegas y miembros de un eventual Colegio o Asociación de acuerdo a los Estatutos respectivos. 6. Social: respecto a la sociedad en la que presta servicios y la cual lo juzgará por medio de la opinión ciudadana en tanto comprenda y tenga presente sus características, necesidades y pretensiones. 7. Política o constitucional: los otros poderes del Estado, según la distribución efectuada por la Carta Magna, velan por el buen cumplimiento de la función y tienen la competencia de remover al juez en casos graves de incumplimiento. 8. Ética: su objeto es el mejor cumplimiento de la función, por eso, de algún modo, esta responsabilidad es un género en tanto al incurrir el juez en cualquiera de las responsabilidades arriba mencionadas esa falta tiene incidencia sobre esa pretensión del "mejor juez", pero también es una especie de responsabilidad particular o remanente en tanto ante cualquier falta a ese propósito que no aparezca respondida en las anteriores será la responsabilidad ética la que la asuma (por ejemplo, el desorden en el juzgado o cierta descortesía para los abogados) y también puede asumirla si algunos de los interesados en la excelencia judicial encuentran insatisfecha su legítima pretensión al efectivizarse algunas de las otras responsabilidades (por ejemplo, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal puede por el mismo comportamiento delictivo o dañoso exigírsele al juez una responsabilidad ética, pero si hay una remoción por vía de la responsabilidad política pareciera que se agota ya la responsabilidad ética dado que no quedaría remanente en tanto dejara de desempeñarse como juez).

5. ÉTICA DE COMPORTAMIENTOS O ÉTICA DE VIRTUDES

Las exigencias reseñadas reclaman ciertos comportamientos pero no llegan a pretender necesariamente virtudes. En definitiva, ellas quedan satisfechas si las cumplimos, no obstante que nos falte la intención, la habitualidad y cierto agrado y facilidad. Aunque también es cierto que es probable que a fuerza de reiterar los comportamientos respectivos se llegue a adquirir el hábito de los mismos y, en consecuencia, comiencen a realizarse con "agrado y facilidad". Además, de alcanzarse la virtud, se fortalecen las posibilidades del "mejor" trabajo y las presunciones de que efectivamente se ha hecho "bien" el trabajo. Recordemos que virtud significa fuerza y ellas efectivamente pueden significar una "fuerza" especial que nos inclina al bien. Precisamente ARISTÓTELES reconoce en la adquisición de los hábitos una especie de «segunda naturaleza» que sobreponemos a la dada a cada uno, pues a fuerza de repetir un acto se va arraigando una cierta inclinación y facilidad para hacerlo.

Por otro lado, la obtención de la virtud avanza sobre actos ajenos a la vida profesional que tengan el mismo contenido u objeto, pues sería contradictorio con la afirmación de su existencia si al mismo tiempo decimos que ella se circunscribe a los actos profesionales pero está ausente en los actos no profesionales que también entran en la materia de esa virtud. Así sería casi violatorio del principio lógico de no contradicción afirmar de alguien que es "honesto" o "afable" dentro de tribunales pero al mismo tiempo es "deshonesto" o "descortés" fuera de ese ámbito, y de existir esa persona que "es" y "no es" al mismo tiempo en torno a esa particular virtud lo más probable es que oculte alguna enfermedad psicológica vinculada a personalidades esquizofrénicas o algo parecido. Exigir, en consecuencia, sólo comportamientos buenos o excelentes y no virtudes es plantear exigencias mínimas realistas, aunque una ética de

máximos o de virtudes será bienvenida y potenciadora de la confianza suscitada en torno a la tarea judicial. Pues la virtud —precisa PIEPER siguiendo al Aquinate— es lo máximo a lo que puede aspirar el hombre (*ultimum potentiae*) [18], pero más allá de aspiraciones que es auspicioso que el juez personalmente las asuma, lo que queremos insistir es en exigencias indisponibles para el juez.

Por sobre comportamientos y virtudes nos interesa llamar la atención en torno a que la vida humana no es una mera sumatoria desagregada de actos sino que ella reclama cierta unidad o coherencia. En efecto, la ética desde ARISTÓTELES tiene como objeto material no sólo actos y virtudes sino el *ethos,* carácter o personalidad moral, o sea aquello que —parafraseando a ARANGUREN— va quedando a medida que va pasando la vida. Por supuesto que mientras dura la vida ella permanece siempre abierta y modificable hasta el momento final o definitivo de la muerte; pero la sucesión de la vida tiende y es saludable que se asuma con un cierto sentido o unidad que permita identificarla con "esa" vida o modo de conducirla. Más correcta y sintéticamente, esos actos, virtudes, talante o *pathos* configuran una irrepetible vida que asume, principalmente a la mirada de los otros, una cierta personalidad ética o *ethos* conforme al cual vivimos. En sintonía con LECLERQ, ARANGUREN escribe: «la vida del hombre forma un todo, de tal modo que cada uno de nuestros actos lleva en sí el peso de la vida entera» [19], y este carácter unitario —aunque siempre cambiante— que procura la vida humana corresponde a lo que los griegos llamaban *"bios"* que no era simplemente la sucesión de la vida sino ese proyecto vital en donde se insertaban los actos. En definitiva, el *"bios"* apela a la experiencia humana que nos confirma que la vida moral no es una mera sumatoria desagregada de actos, sino que —no obstante todas las modificaciones que en ella se suceden— ella reclama cierta unidad o coherencia.

Esa riqueza y variedad de la ética profesional en general es puesta de relieve inteligentemente por Andrés OLLERO cuando al respecto distingue tres campos: «el de las exigencias éticas maximalistas destinadas a dar paso a una persona modelo, perfeccionada en el ejercicio de su profesión; el de las exigencias éticas capaces de preservar la confianza de los ciudadanos, mediante el respeto de sus justas expectativas sobre el desenvolvimiento de un razonable modelo profesional; el de las exigencias éticas que, por hallarse más directamente vinculadas a valores y derechos constitucionales, se verían llamadas a gozar de la protección de las normas jurídicas, o incluso la sanción penal» [20].

6. CONCLUSIÓN

La Comisión sobre el "Perfil del Juez" creada en el seno de la Mesa del Diálogo Argentino alcanzó importantes conclusiones [21], y entre ellas cabe destacar la puntualización que para ser juez se requiere de cuatro idoneidades: la física-sicológica, la téc-

---

[18] PIEPER, J., *op. cit.,* p. 15.

[19] ARANGUREN, J. L., «Ética», *Revista de Occidente.*

[20] OLLERO, A., 2003: «Deontología jurídica y derechos humanos», en *Ética de las profesiones jurídicas,* t. I, Murcia: Universidad Católica San Antonio, p. 65.

[21] 1958: *Realidad Judicial,* del 15-8-2003, Madrid: *La Ley,* Año III, n. 2, p. 378.

nica-jurídica, la gerencial y la ética. Precisamente ese perfil supone una superación de la mirada tradicional centrada sólo en el conocimiento y las habilidades jurídicas, y remite a un complejo de requerimientos para ejercer la función judicial. Es que, en definitiva, a la sociedad lo que le interesa es contar con "buenos" o los "mejores" jueces, y ésta es una definición que excede a lo jurídico e instala la consideración en el campo de la ética profesional o ética aplicada. Responder a esas exigencias supondrá inevitablemente determinar el fin específico o el bien interno por el que cobra sentido y legitimidad social la actividad judicial, averiguar cuáles son los medios adecuados para generar racionalmente ese bien en la sociedad respecto a la cual hablamos e indagar qué comportamientos, virtudes o personalidad ética se requiere para alcanzar ese bien interno[22]. Pretender sectorizar o reducir aquella preocupación a algunas de las actividades que cumple el juez, como por ejemplo la interpretación jurídica, es ir contra la realidad humana y siglos de experiencia en ese terreno.

[22] *Cfr.* CORTINA, A., y MARTÍNEZ, E., 1998: *Ética,* Madrid: Akal, pp. 165 y ss.

THEODOR VIEHWEG: ¿UN CONSTITUCIONALISTA ADELANTADO A SU TIEMPO?*

Claudia Rosane Roesler

Universidad del Vale do Itajaí. SC, Brasil

RESUMEN. El artículo explora una intuición de VIEHWEG poco conocida o discutida en la filosofía del Derecho: la idea de la teoría básica como un conjunto de ideas, creencias y valores que dan contenido a la dogmática jurídica y que explican el contenido de las normas jurídicas en un determinado momento histórico y las relaciona con las concepciones abiertas de las constituciones regulativas. Más específicamente, se procura analizar hasta qué punto la forma como VIEHWEG concibe la teoría básica puede comprenderse mejor si utilizamos las nociones de acuerdos incompletamente teorizados y de conceptos esencialmente controvertidos. Este análisis, por último, nos permitirá cuestionar si VIEHWEG puede ser presentado como anticipándose al constitucionalismo europeo.

Palabras clave: Theodor Viehweg, constitucionalismo, teoría de base, acuerdos incompletamente teorizados, conceptos esencialmente controvertidos.

ABSTRACT. The article deals with an intuitive idea of VIEHWEG'S which is little known or discussed in philosophy of law: the idea of the basic theory as a set of ideas, beliefs and values, which shape the content of legal dogmatics and explain the content of legal norms at a specific moment in history and connects them to open conceptions of regulative constitutions. More specifically, the article seeks to analyse the extent to which one can better understand the way that VIEHWEG conceives the basic theory if we use the notions of incompletely theorized agreements and of essentially controversial concepts. Lastly, this analysis allows us to question whether VIEHWEG can be considered as someone who anticipated European constitutionalism.

Keywords: Theodor Viehweg, constitucionalism, basic theory, incompletely theorized agreements, essentially controversial concepts.

---

* El presente artículo es una reformulación de parte de la tesis de doctorado presentada en la Universidad de São Paulo, Brasil, y posteriormente publicada en libro con el título *Theodor Viehweg e a Ciência do Direito,* Florianópolis: Momento Atual, 2004. Más allá de la reformulación propiamente dicha, se ha construido aquí una relación, inexistente en la tesis, entre los conceptos de VIEHWEG y algunos temas de teoría constitucional. Agradezco a Josep AGUILÓ REGLA las sugerencias a este respecto, así como su habitual gentileza para debatir estos temas conmigo.

1. INTRODUCCIÓN

Theodor VIEHWEG se hizo conocido en la filosofía del Derecho a partir de su idea de que la jurisprudencia es tópica. Esa idea, debatida, elogiada o criticada, abrió al autor un hueco en la historia del pensamiento jurídico del siglo XX y, más concretamente, nos lleva a considerarlo un precursor de la teoría de la argumentación jurídica, junto con PERELMAN y TOULMIN. Un precursor, como bien es sabido, porque no encontramos en su único libro, *Topik und Jurisprudenz,* nada que podamos considerar una teoría de la argumentación acabada o siquiera adecuadamente trazada. Así, VIEHWEG puede considerarse un autor de intuiciones fecundas, algunas de las cuales fructificarían y son fundamento del desarrollo de la filosofía del Derecho que hacemos hoy, más que alguien que legase una obra con una sistema conceptual perfectamente acabado.

Independientemente de las razones circunstanciales y teóricas por las cuales eso ocurrió, ya debatidas por mí y otros autores anteriormente[1], me gustaría explorar en este artículo una intuición de VIEHWEG poco conocida o debatida en la filosofía del Derecho. Se trata de la idea de la *teoría de base* como un conjunto de ideas, creencias y valores que dan contenido a una dogmática jurídica y explican el contenido de las normas jurídicas en determinado momento histórico. Esta teoría de base, según el autor, se identifica con la *constitución* en los sistemas jurídicos contemporáneos, y es a la vez fruto y objeto de los análisis de la filosofía del Derecho. Mi propuesta, en este sentido, es vincular esta concepción de la teoría de base de VIEHWEG con las concepciones abiertas de las constituciones normativas. En particular, trataré de ver hasta qué punto las nociones de *acuerdos teorizados incompletamente* y *conceptos esencialmente controvertidos,* debidamente relacionadas entre sí[2], sirven para esclarecer las intuiciones de VIEHWEG.

Pues bien, dadas las características de los textos de VIEHWEG que voy a utilizar, todos ellos textos ocasionales escritos después de *Topik und Jurisprudenz* y sin vínculo evidente entre sí, me propongo previamente reconstruir su pensamiento de modo adecuado. Por ello, en primer lugar, voy a precisar las nociones de *pensamiento dogmático* y *cetético-investigador* para, acto seguido, relacionarlas con las de *teoría de base, dogmática jurídica* y *filosofía del derecho.* El énfasis en las dimensiones argumentativa y valorativa proporcionará la clave para presentar a VIEHWEG como un adelanto del constitucionalismo contemporáneo.

2. PENSAMIENTO DOGMÁTICO Y PENSAMIENTO CETÉTICO

La distinción entre un modo de pensar dogmático y un modo de pensar cetético es utilizada por VIEHWEG por primera vez en un artículo publicado en 1968[3] y es propuesta

---

[1] Vid. GARCÍA AMADO, J. A., 1998: *Teorías de la tópica jurídica,* Madrid: Civitas, y ROESLER, C. R., 2004: *Theodor Viehweg e a Ciencia do Direito.* Florianópolis: Momento Actual.

[2] AGUILÓ relaciona estos conceptos entre sí para dar cuenta de la noción de «resistencia constitucional», relación que nosotros emplearemos. *Cfr.* AGUILÓ REGLA, J., 2003: «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», *Doxa,* 23, pp. 289-317.

[3] El artículo es «Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung», en VIEHWEG, T., 1995: *Rechtsphilosophie und Rhetorische Rechtstheorie:* gesammelte kleine Schriften, Baden-Baden: Nomos, pp. 97-106. El

como una forma de entender la complejidad generada por la amplitud que el fenómeno jurídico entraña y que plantea al jurista tareas que van desde el análisis de un determinado ordenamiento jurídico hasta investigaciones de carácter científico o filosófico.

Al analizar cómo pueden surgir ámbitos de conocimiento como ámbitos temáticos, VIEHWEG propone que a dichos ámbitos se los considere esquemas de preguntas y respuestas. Se construye así un campo de problemas suficientemente descriptible y se ofrecen respuestas que, de acuerdo con procedimientos de prueba por definir, acaban siendo aceptadas o rechazadas[4].

En estos esquemas de preguntas y respuestas es posible otorgar mayor importancia a las preguntas o a las respuestas. Cuando otorgamos mayor relevancia a las preguntas, la estructura tiende a la investigación o cetética. Cuando destacamos las respuestas, a la dogmática[5].

En el primer caso, la reflexión continua, que puede cuestionar todas las respuestas ofrecidas en la investigación (y por ello se entiende que se ponen de relieve las preguntas), tiende a un recorrido infinito, o al menos sin un final definido. En la investigación o cetética, por lo tanto, las respuestas se toman siempre como tentativas, provisionales y cuestionables en todo momento, y su labor es caracterizar el horizonte de cuestiones del campo escogido[6]. En el segundo caso, cuando se destaca la respuesta, la argumentación parte de algunos puntos que no pueden cuestionarse y su reflexión, en este sentido, está limitada por la imposibilidad de cuestionamiento de los dogmas, los cuales «dominan» al resto de respuestas, que tienen que adecuarse a ellos[7].

Como apunta FERRAZ JR., una buena manera de entender la distinción entre el enfoque cetético y el dogmático consiste en considerar que el cetético tiene por punto de partida una evidencia, frágil o plena, pero evidencia, al fin y al cabo, que es admitida como verificable o comprobable y que, por tanto, al menos momentáneamente, no se cuestiona. En el enfoque dogmático, por el contrario, la ausencia de cuestionamiento sucede porque la premisa se considera establecida (sea como fuere, ya por un acto de voluntad, de poder o de albedrío), incuestionable. Así, propone el autor, podemos decir que una premisa es evidente cuando está relacionada con una verdad, y que es dogmática cuando lo está con una duda que, no pudiendo resolverse, requiere una decisión que fije una opinión[8].

---

texto en español es «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, T., 1997: *Tópica y filosofía del derecho,* 2.ª ed., traducción de J. M. SEÑA, Barcelona: Gedisa, pp. 71-85. Para no fatigar al lector con excesivas referencias, utilizaremos siempre el título de cada artículo de VIEHWEG que estuviéramos utilizando y las respectivas páginas en la colección española, organizada por E. GARZÓN VALDÉS, a no ser que la información sobre su publicación sea relevante para el debate que nos atañe.

[4] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 75. «Para estructurar un cierto campo del conocimiento o de la llamada "ciencia", describimos un campo de cuestiones, ofrecemos ciertos puntos de vista como respuestas y esbozamos el método de examen de acuerdo con el cual las respuestas pueden ser aceptadas o rechazadas. Esto es lo que se quiere decir con "estructura de preguntas y respuestas"».

[5] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 75.

[6] *Cfr.* «Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico», en VIEHWEG, 1997: p. 118.

[7] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», VIEHWEG, 1997: p. 76.

[8] *Cfr.* FERRAZ JR., T. S., 1996: *Introdução ao Estudo do Direito,* 2.ª ed., São Paulo: Atlas, pp. 42-43.

Explicando la distinción a partir de un modelo retórico de discurso, entendido éste como juego entre partes que proponen y defienden sus afirmaciones, VIEHWEG nos brinda otra descripción de la distinción que puede ayudar a clarificar el alcance de ésta. Puede decirse, afirma el autor, que las aseveraciones tienen la consideración de *dogmata* cuando, en esencia, están excluidas a largo plazo de un ataque y, por ende, no se hallan sometidas a ningún deber de defensa, esto es, a ningún deber de fundamentación, sino simplemente a un deber de explicación. En un determinado ámbito cultural, determinadas aseveraciones se sitúan fuera de toda duda. Lo contrario ocurre con las aseveraciones que se utilizan en cualquier investigación simplemente como *zetemata.* En esencia, están expuestas a cualquier ataque, sujetas a ambos deberes: el de defensa-fundamentación y el de explicación. Siempre son cuestionables. Por tanto, en la cetética el discurso de fundamentación sólo alcanza un final provisional, muy probablemente a corto plazo [9].

¿Pero cómo se explicaría la existencia de un pensamiento dogmático y otro cetético? ¿Qué funciones cumplen estos dos enfoques? El pensamiento dogmático está vinculado, dice VIEHWEG, a la opinión y la formación de opinión, mientras que el cetético se relaciona con la disolución de las opiniones mediante la investigación y su presupuesto básico es la duda [10].

Cabe observar, afirma VIEHWEG, que en el ámbito cotidiano de la acción y decisión el pensamiento dogmático parece ser indispensable, porque en la esfera de la actuación uno está obligado a establecer, reconsiderar y mantener un sistema cerrado, un dogma. Un pensamiento que se da por labor la reflexión continua, en cuanto investigación, no consigue cumplir tal función porque la acción requiere que cesen las preguntas y se ofrezcan respuestas, que son, en este sentido, dogmatizadas. En la esfera de la acción, el ejercicio de la duda debe desempeñarse cuidadosamente, porque la urgencia de la decisión requiere la formación de una opinión basada en aquellos datos o información que proporciona el contexto. El modelo de pensamiento dogmático, así pues, es el propio pensamiento cotidiano y su formación de opinión [11].

La caracterización de pensamiento dogmático que ofrece VIEHWEG, así pues, tiende a la reflexión sobre la praxis y sus necesidades específicas, toda vez que destaca su vinculación con la formación de opiniones para la toma de decisión. Es relevante considerar, no obstante, que el pensamiento dogmático, pese a fijar las opiniones y convertirlas, pues, en indiscutibles, no puede abandonar su desarrollo inmanente [12]. Así,

---

[9] *Cfr.* «Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 173.

[10] *Cfr.* «Systemprobleme in Rechtsdogmatik und Rechtsforschung», en VIEHWEG, 1995: p. 102; y «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 77. A este respecto GARCÍA AMADO asevera (1988), p. 227: «Desde el punto de vista de la finalidad a que estos tipos de pensamiento se orientan, podemos decir que, según VIEHWEG, el pensamiento dogmático se propone reflexionar sobre una opinión que no se cuestiona, sino que se entiende dotada de autoridad y cuya legitimidad se da por sentada de antemano. Determinadas fórmulas se toman como dogmas, ya sean leyes u otros equivalentes, y se hacen objeto de estudio, pero teniendo en cuenta que no se pueden modificar o dejar de lado. Frente a ello, como hemos visto, el modo de pensar investigador hace su objetivo de lo que para el pensar dogmático es una prohibición: el cuestionamiento, crítica y examen continuado de todo tipo de contenidos, presupuestos y métodos».

[11] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 78.

[12] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 16.

resalta VIEHWEG, para mantener un sistema coherente y estable de opiniones dogmatizadas, cobra importancia la hermenéutica, cuyo papel es la flexibilización necesaria de los dogmas irrefutables propiciando su revisión interna sin por ello negarlos. Si el pensamiento dogmático pone fuera de cuestionamiento y duda aquellos enunciados básicos que pueden considerarse sus dogmas, también los desarrolla de continuo por no poder abandonarlos [13].

Así, contrariamente a lo que indica el significado común de la palabra "dogmático", el pensamiento dogmático no trabaja con las normas como si éstas representasen un condicionante fijo, con un sentido único. Aunque sus puntos de partida sean incuestionables y en tal sentido funcionen como dogmas, su naturaleza lingüística, con la incertidumbre connotativa y denotativa que le es inherente, otorga un margen relativamente amplio de manipulación, necesario asimismo para que los propios dogmas puedan adaptarse continuamente a las circunstancias sociales cambiantes [14].

Aunque VIEHWEG no haga uso de ese recurso para explicitar la distinción, podemos comprenderla mejor si utilizamos la noción de que la dogmática trabaja con el **principio de la irrefutabilidad de los puntos de partida,** esto es, asume algunos postulados como incuestionables y trabaja a partir de ellos, toda vez que la necesidad de orientación de la acción lo requiere, y los manipula internamente pero sin cuestionarlos abiertamente [15].

De este modo, el pensamiento jurídico dogmático es necesario desde un punto de vista funcional y busca de continuo influir o provocar en un grupo social más o menos amplio un conjunto de comportamientos, con el menor grado de perturbación posible. Este enfoque tiene una función operativa y, por ello, su aspecto cognitivo, aunque relevante, no es predominante. Al referirse a él, VIEHWEG afirma su función social múltiple y lo plantea en los siguientes términos: influye en los demás, les transmite una convicción y se convierte en precepto de conducta. Este tipo de pensamiento, añade el autor, trata de dar siempre una función operativa a lo pensado y lo expresado [16].

Por el contrario, un pensamiento cetético permanece dentro de los límites de una función cognoscitiva y éste es, por así decir, su papel funcional en la sociedad. El pensamiento cetético es tentativo, porque su mayor interés estriba en el aumento del grado de fiabilidad de sus afirmaciones, que siempre son susceptibles de revisión, precisamente para que la teoría pueda estar mejor fundamentada y construida [17]. Su inten-

---

[13] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 78: «Un sistema dogmático que, como se ha indicado, desee apoyar un esquema de acción con una fundamentación sistemática, tiene que disponer de una suficiente estabilidad y también de una adecuada flexibilidad. Tiene, además, que poseer una doctrina básica unificante, mantenida como inmutable y, por otra parte, permitir el mayor número posible de intervenciones complementarias e interpretativas, cuya conciliabilidad con la doctrina básica parezca ser demostrable».

[14] *Cfr.* FERRAZ JR., 1996: p. 49.

[15] *Cfr.* LUHMANN, N., 1983: *Sistema Jurídico y Dogmática Jurídica,* traducción de Ignacio DE OTTO PARDO, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 27: «La característica más importante en el concepto de la dogmática para la comprensión habitual es la *prohibición de la negación;* la no-negabilidad de los puntos de partida de las cadenas de argumentación. Están sustraídos a la crítica». Véase también FERRAZ JR., 1996: p. 48.

[16] *Cfr.* «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 102.

[17] *Cfr.* «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 101.

ción cuando usa el lenguaje es transmitir una información, describiendo estados de cosas. El propio pensamiento o enfoque dogmático, en la medida en que posee un sentido operativo, mezcla el sentido informativo del lenguaje con su sentido preceptivo, que podemos considerar preponderante en él [18].

Esa vinculación del pensamiento dogmático con la dirección de comportamientos es el fundamento mismo de la designación que recibe un pensamiento de tal naturaleza. *Dokein,* raíz de "dogmática", es un término griego cuyo significado, sucintamente, sería "enseñar" o "adoctrinar", mientras que *zetein,* de donde procede la cetética, indica el acto de "indagar" [19].

Para nuestro análisis, afirma VIEHWEG, también es importante que una teoría con función social sólo puede efectuar la esperada regulación de comportamientos si no deja sin respuesta ninguna cuestión esencial en su campo de problemas. Por consiguiente, tiene pretensiones holísticas y cuando surgen las dificultades, toda vez que no puede renunciar sus dogmas fundamentales, precisa reinterpretarlos y retocar la teoría [20].

Las características del pensamiento dogmático —pretensión holística, función social y "retoques"— también las poseen las que normalmente se consideran teorías ideológicas. Ello se debe a la función social que cumplen y que impide que ambos tipos de teorías —dogmáticas e ideológicas— puedan evaluarse con arreglo a criterios puramente cognoscitivos. Al retocarla, difícilmente se puede analizar de ella sólo aquello que se caracteriza como cognoscible, y se debe analizar también aquello que es cuestión de creencia, porque no se puede alcanzar o todavía no se ha alcanzado una fundamentación científica o filosófica adecuada [21].

Es importante resaltar una vez más que todo ello se hace para poder crear teorías que deben conseguir determinados efectos en el acontecer social. Estas doctrinas se mantienen aledañas al pensamiento y lenguaje cotidianos. Ya que, como dice VIEHWEG, precisamente se dirigen a todos los miembros de una sociedad y no a un pequeño círculo de científicos con intereses cognoscitivos acostumbrados a conformarse, por razones de investigación, con fragmentos del saber [22].

Así pues, podemos considerar que lo que presupone una dogmática jurídica es algo que podría denominarse "ideología jurídica", es decir, una teoría con función social en el campo del derecho. Se trata de un uso neutro del término "ideología", empleado en el sentido de un conjunto de ideas o doctrinas encaminadas a conformar el ambiente social en una dirección determinada [23].

No obstante, debe observarse que ideología y dogmática no se confunden. Una dogmática jurídica presupone una ideología, ya que dogmatiza precisamente aquellos

---

[18] *Cfr.* FERRAZ JR., 1996: p. 39.

[19] *Cfr.* «Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico», en VIEHWEG, 1997: p. 118. *Cfr.* también FERRAZ JR., 1996: p. 41.

[20] *Cfr.* «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 103.

[21] *Cfr.* «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 103.

[22] *Cfr.* «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 105.

[23] *Cfr.* «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 108: «De acuerdo con la concepción aquí sostenida, las ideologías pertenecen a la clase de las concepciones del mundo. Éstas son consideraciones acerca del mundo y de la vida que vinculan vitalmente sentimientos, especialmente temores y esperanzas, aspectos volitivos y conocimientos y, así, no pocas veces pueden ofrecer una ayuda estabilizante para la vida».

aspectos que se consideran esenciales para la vida en una comunidad, atendiendo a la distribución social del poder, y los hace sus puntos de partida incuestionables[24].

Es también ésta la razón por la cual, podemos pensar, este enfoque o modo de pensamiento necesita cortar el proceso reflexivo cuando se trata de encontrar razones y fundamentos para la acción. Esclarecer y cuestionar los puntos de partida de una dogmática significa tomar, cetéticamente, los fundamentos de una determinada organización social como objeto, aunque indirecta o mediatamente, y puede significar tambalear estos consensos no siempre tematizados.

Planteada la distinción entre los dos modos de pensamiento en los términos ya expuestos, cabe ahora comprobar cómo concibe VIEHWEG la relación entre ambos enfoques.

3. LAS RELACIONES ENTRE EL PENSAMIENTO DOGMÁTICO Y EL CETÉTICO

Ante la necesidad de legitimar la asunción de los puntos de partida dogmáticos, es necesario presentarlos mediante un análisis que muestre su fundamentación racional, aspecto que VIEHWEG pone de relieve siempre que trata la distinción entre ambos enfoques. Así, el enfoque cetético acaba por ser esencial en cuanto que, aunque no sea su función principal, proporciona premisas que son mediatamente dogmatizadas y dogmatizables, en especial en una sociedad que otorga una gran importancia a la legitimación científica de todo saber.

De este modo, una de las relaciones posibles entre los dos enfoques es la legitimación del sistema preceptivo de comportamientos, dogmático, a falta de fundamentaciones procedentes de la religión o de la tradición, tales como las que encontramos actualmente en el Derecho musulmán o antaño en la Edad Media y en la Antigüedad. El dilema es que el sistema cetético solamente puede ofrecer panoramas fragmentarios por lo que respecta al contenido, lo que dificulta la asunción de sus conocimientos como buenos puntos de partida dogmáticos[25].

Desde esta perspectiva se ve más claramente la importancia de la relación entre pensamiento dogmático y pensamiento cetético. Es decisiva, afirma expresamente VIEHWEG, para el carácter de una ciencia del Derecho, pues si se considera la dogmatización una continuación de la legislación, es claro que tanto una como otra dependen de la corrección de la información acerca de nuestro complicado mundo social. La cetética tiene que intervenir de continuo como correctora de la dogmática, introduciendo desdogmatizaciones[26].

El papel de la cetética sería entonces examinar críticamente los presupuestos que sustentan la dogmática, con el fin de proporcionarle condiciones para revisar sus dogmas y, así, adaptarlos y fundamentarlos racionalmente. Para un saber jurídico com-

---

[24] *Cfr.* «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 99.

[25] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 79.

[26] *Cfr.* «Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico», en VIEHWEG, 1997: pp. 114-127.

pleto, por tanto, no se trata de hacer que un enfoque elimine o absorba al otro, sino de comprenderlos como necesarios y complementarios.

Si, por una parte, la propia dinámica social exige que se tenga un pensamiento dogmático, por otra, la absolutización de este enfoque llevaría a su quiebra en cuanto orientación de la acción, pues no permitiría la renovación del contenido cognoscitivo de sus premisas. Así, el enfoque cetético en cuanto aportación crítica actúa como su garantía y corrector continuo.

El vínculo entre ambos enfoques puede observarse mejor si nos remitimos a un artículo que VIEHWEG publicó en 1970 sobre la dogmática y la cetética en JHERING y cuyo objetivo, de acuerdo con el autor, es defender la tesis epistemológica según la cual JHERING dio un paso importante de la dogmática a la cetética jurídica[27].

Para ello, VIEHWEG desarrolla una breve recuperación del contexto social en el cual JHERING vivió y trata de mostrar que la problemática común a los más diversos pensadores contemporáneos de JHERING es la social, estrechamente vinculada con el comienzo de la era industrial. La idea de desarrollo tiene una gran relevancia y fue planteada por un pensamiento en parte científico-natural y en parte historicista[28].

En la lectura que VIEHWEG propone, JHERING trató de abordar con un espíritu científico-natural el gran material histórico de que disponía, y procuró hacer historia del Derecho con arreglo a las formas de la ciencia natural[29]. Al publicar *Der Zweck im Recht* decía creer haber llegado al fin de su investigación del derecho propiamente dicha, ya que estaba en condiciones de mostrar su naturaleza. La necesidad de la jurisprudencia de presentarse como investigación del Derecho creció considerablemente por su contacto con la investigación de la naturaleza[30].

VIEHWEG trata de demostrar entonces, analizando la trayectoria intelectual de JHERING, que este autor mantenía inicialmente una relación dogmática con el Derecho romano y lo utilizaba como arsenal o fuente de soluciones para la construcción jurídico-dogmática, y elaboró así importantes teorías que no poseen un componente meramente cognoscitivo, sino que tienen una finalidad operativa evidente[31].

---

[27] *Cfr.* «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: pp. 141-149.

[28] VIEHWEG propone («Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en Jhering», en VIEHWEG, 1997: pp. 146-147) en el transcurso de su análisis la distinción entre dogmática y cetética y la vincula con el debate de la obra de JHERING del siguiente modo: «Es claro que el pensamiento cotidiano contiene siempre dogmatizaciones porque justamente no puede limitarse a una función cognoscitiva e informativa como el pensamiento científico sino que casi siempre es, al mismo tiempo, operativo. Además, es claro que la jurisprudencia, en interés de la sociedad, tiene que preocuparse por dogmatizaciones óptimas y, por último, también es comprensible que en la reserva intelectual de una sociedad, las desdogmatizaciones y las neodogmatizaciones juegan un papel importante sobre todo cuando la sociedad, en su totalidad, experimenta cambios. Sin duda, tal era el caso en los tiempos de JHERING».

[29] *Cfr.* «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: p. 145.

[30] *Cfr.* «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: pp. 145-146. Aunque no se refieran directamente a JHERING, los siguientes trabajos ilustran la relación entre ciencia natural y jurisprudencia: STICHWEH, R., «Motifs et stratégies de justification employés pour fonder la scientificité de la jurisprudence allemande au XIXe siècle», en AMSELEK, P., 1994: *Théorie du Droit et Science,* Paris: PUF, pp. 169-186, y KIESOW, R. M., «Science naturelle et droit dans la deuxième moitié du XIXe siècle en Allemagne», en AMSELEK, P., 1994: *Théorie du Droit et Science,* Paris: PUF, pp. 187-210.

[31] *Cfr.* «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en Jhering», en VIEHWEG, 1997: p. 147.

El paso de una dogmática a una cetética lo localiza VIEHWEG en la segunda sección de la segunda parte de *Geist des Römischen Rechts* que, según el autor, desemboca en la concepción presentada en *Der Zweck im Recht,* la cual surgió de la generalización de las concepciones de finalidad observadas en particular y de la elevación de tal categoría al rango de explicación central del fenómeno jurídico en su totalidad[32].

Pero también en este caso, afirma VIEHWEG, los esfuerzos por fundamentar con mayor vigor la doctrina básica de una dogmática aparecerán prontamente; en efecto, la obra de JHERING *Kampf ums Rechts* representa ese punto y hace posible una forma de pensamiento dogmático-teleológico[33].

Por fin, como conclusión de su análisis, VIEHWEG apunta que puede entenderse que la era industrial se hallaba, por un lado, frente a una realidad nueva y aun confusa, carente de investigación. Por otro, buscaba dogmatizaciones adecuadas. En esta situación, JHERING, siguiendo el modelo de investigación de la naturaleza, creó en el ámbito germanohablante una nueva investigación jurídica que incentivó una nueva dogmática jurídica. A partir de aquí se desarrollarán, en el marco de una ciencia del derecho, tanto una sociología del derecho cetética, investigadora, como una jurisprudencia sociológica, dogmática[34].

Este ejemplo muestra, a nuestro parecer, cómo puede concebirse la relación de doble vertiente entre el enfoque dogmático y el cetético, pues ilustra cómo en un determinado momento histórico una dogmática fue cuestionada por un pensamiento de carácter reflexivo y crítico y cómo, más tarde, ese mismo pensamiento crítico dio lugar a una nueva elaboración dogmática.

Por tanto, podemos considerar que la relación entre ambos enfoques tiende a la formación de diferentes conjuntos de proposiciones o teoría, según se use un punto de partida u otro. VIEHWEG se refiere a ese aspecto diciendo que, por lo que respecta a la función, podemos tener sistemas dogmáticos y sistemas cetéticos, y agrega aun la posibilidad de un sistema de carácter didáctico[35]. Estos sistemas adoptarían diferentes estructuras, pudiendo ser seriales, deductivos, cibernéticos, dialécticos modernos o tópicos[36]. Aunque este tema no sea pertinente en nuestro actual debate, sirve para recalcar que el objeto es el mismo y la determinación de la diferencia por la función estriba en el enfoque[37].

---

[32] *Cfr.* «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: p. 148.

[33] *Cfr.* «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: p. 149.

[34] *Cfr.* «Dogmática Jurídica y Cetética Jurídica en JHERING», en VIEHWEG, 1997: pp. 148-149.

[35] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 77. Véase el artículo «Perspectivas Históricas de la Argumentación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 150-162, especialmente la p. 152. En las referidas páginas se menciona el nuevo sistema de exposición del Código Justiniano propuesto por Jacques CUJAS como ejemplo de sistema didáctico.

[36] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 80. Y también en «Algunas Consideraciones acerca del Razonamiento Jurídico», en VIEHWEG, 1997: pp. 124-127.

[37] VIEHWEG expresa esta idea del modo siguiente: «No es difícil encontrar en la disciplina jurídica las mencionadas variantes de pensamiento. Ellas provocan *diferentes argumentaciones.* Por ello, se puede hablar sobre lo que se llama problemas jurídicos de una manera jurídico-dogmática o jurídico-cetética. El jurista profesional, es decir, el dogmático profesional del derecho es, en todo caso, un especialista de la argumentación jurídico-dogmática que, en tanto tal, tiene sus peculiaridades. Si, además, cultiva la historia del derecho, la

En nuestra disciplina, dice VIEHWEG, disponemos de una dogmática especializada, de una cetética especializada y de una cetética filosófica. Estos tres sectores se denominan entre nosotros: dogmática jurídica, investigación jurídica y filosofía jurídica. La última de ellas toma como punto de partida los dos complejos de conocimientos anteriores y se pregunta acerca de su posibilidad[38].

Ejemplificando cómo concebir el resultado de estos dos enfoques y sus sistemas, VIEHWEG dice que cuando hablamos del Derecho francés de las obligaciones nos referimos a un sistema social dogmático. Se trata de un sistema jurídico que posibilita decisiones para guiar acciones. Por el contrario, en la historia del derecho europeo, se trata de un sistema de investigación, el cual posibilita conocimientos sobre el Derecho[39].

4. LA RELACIÓN ENTRE DOGMÁTICA JURÍDICA, TEORÍA DEL DERECHO Y FILOSOFÍA DEL DERECHO

En un artículo titulado *Über den Zusamenhang zwischen Rechtsphilosophie, Rechtstheorie und Rechtsdogmatik,* VIEHWEG se propone debatir, como el propio título indica, la relación existente entre la dogmática jurídica, la teoría del Derecho y la filosofía del Derecho. En dicho artículo el autor reflexiona también sobre la transformación que se produce en la teoría del Derecho contemporánea suya, que realza sobremanera su distinción con respecto a una teoría tradicional del Derecho[40]. Por «teoría tradicional del Derecho», aunque VIEHWEG no lo explicite, creo que cabe entender la teoría del Derecho de carácter iusnaturalista, mientras que la nueva teoría del Derecho se asimilaría al positivismo, como se verá más adelante.

Como es peculiar a su estilo de escritura y tratamiento, VIEHWEG comienza estableciendo su punto de partida. Así, observa que una consideración de carácter sociológico indica que todo grupo social necesita fijar una opinión sobre lo que considera justo. Esa opinión jurídica debe entenderse como una respuesta vinculante a una problemática social y cumple una función social al posibilitar la coordinación del comportamiento de una pluralidad de personas[41].

---

sociología del derecho, la criminología, la psicología del derecho, etc., utiliza, dentro del marco de su investigación, argumentaciones cetéticas (también llamadas metadogmáticas), y si trabaja como filósofo o como teórico del derecho, se ocupa de argumentaciones filosóficas (no especializadas) cetéticas. Una disciplina completa del derecho abarca conjunta y recíprocamente todas estas actividades». *Cfr.* «Apuntes sobre una teoría retórica de la argumentación jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 174-175.

[38] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 77.

[39] *Cfr.* «Problemas Sistémicos en la Dogmática Jurídica y en la Investigación Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 77. FERRAZ JR., partiendo de la distinción entre dogmática y cetética, construye un marco que nos parece bastante útil para comprender mejor el alcance de la distinción de VIEHWEG. Véase FERRAZ JR., 1996: p. 45.

[40] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 15-28. Es interesante observar que este artículo data de 1960, siendo anterior a la distinción entre cetética y dogmática, lo cual nos parece indicar que VIEHWEG venía ofreciendo desde entonces una definición para la relación entre los diversos tipos de conocimiento que componen el saber jurídico.

[41] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 15.

Esta opinión puede, indistintamente, surgir o expresarse en máximas transmitidas de generación en generación, de un oráculo, de sentencias judiciales o de leyes. El enfoque escogido por el autor es, así pues, eminentemente sociológico. Si pese a todo esta opinión fuera sometida al control del pensamiento y, por ende, racionalizada, se convertiría en una dogmática jurídica [42].

Una dogmática jurídica está estructuralmente formada por uno o varios dogmas fundamentales, conciliables entre sí y considerados irrefutables, en cuanto que se toman como puntos de partida que no se someten a cuestionamiento y constituyen premisas básicas. Todo lo que se sugiere como respuesta a un problema dentro de dicha dogmática debe resultar conciliable con el sentido de dichos dogmas, ya que este modo de pensamiento es siempre inmanente, o sea, se desarrolla internamente y a partir de sus propios presupuestos [43].

Estas consideraciones que desarrolla VIEHWEG, como puede comprobarse, concuerdan con nuestro debate en el punto 2 de este texto, cuando caracterizábamos el enfoque dogmático. A nuestro parecer, la diferencia reside en que en su caso la problemática se trataba desde un enfoque con arreglo al cual se estudia y elabora el discurso sobre el fenómeno jurídico, mientras que aquí vemos la cuestión ya sobre el saber constituido, o sea, como un conjunto de aserciones ya elaboradas [44].

Una dogmática puede adoptar varias estructuras, como la deductiva o la dialéctica clásica. Independientemente de ello, cuando los dogmas de una dogmática dejan de orientar la praxis porque se vuelven confusos o inseguros, dicha dogmática desaparece. La cuestión planteada aquí es la práctica, la acción del hombre en cuanto ser no determinado, y la estructura condicionada por la función social. Perdida la relevancia social, la dogmática estará en peligro de desaparición, independientemente de la estructura con la cual se hubiera construido [45].

VIEHWEG, al relativizar explícitamente la cuestión de la estructura de la dogmática jurídica, parece querer destacar que las consideraciones sobre la relación entre dogmática, teoría del Derecho y filosofía son independientes del debate que él entabla sobre la estructura de la jurisprudencia y siempre se establecen.

Las referencias en el contexto del artículo que estamos examinando nos sugieren que hay una relación intrínseca entre la legitimación de cada dogmática jurídica en su contexto histórico y el vínculo entre estructura y función. Para poder cumplir su función de orientación de la praxis, es menester que la dogmática se presente atendiendo a una estructura que resulte aceptable para el pensamiento de su época.

---

[42] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 16.

[43] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 16.

[44] GARCÍA AMADO formula críticas al tratamiento que VIEHWEG da al tema y afirma que no queda claro cuándo el autor está utilizando el término "dogmática" como "conjunto de dogmas" y cuándo se refiere al pensamiento de carácter dogmático, por lo que impide que se vea claramente cuál es la función que cumplen los dogmas que la componen y cuál su función como actividad cuyo objeto son los dogmas. Véase GARCÍA AMADO, 1988: p. 229.

[45] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 16-17.

De un modo más claro: a nuestro parecer, VIEHWEG afirma expresamente que los sistemas dogmáticos poseen siempre una estructura que les es atribuida por su función social y, al mismo tiempo, sugiere que dicha estructura posee una dimensión de legitimación que no puede ser desconsiderada salvo en detrimento de la correcta observación del fenómeno jurídico. Por más que la tópica pueda considerarse la estructura de la jurisprudencia, no siempre en la historia pudo mostrarse este saber como una estructura tópica y tuvo que hallársele acomodo a los modelos dominantes de saber científico. Ello significa que para la legitimación de sistemas dogmáticos son necesarias y complementarias dos dimensiones: el contenido que viene de una ideología socialmente aceptada, como hemos visto, y la forma de un discurso que se acepta como fiable en ese momento histórico.

En tal sentido entendemos la mención a la estructura deductivo-axiomática y la ejemplificación de ésta como derecho racional moderno, que el autor hace al final del párrafo donde expone las consideraciones mencionadas[46] y que está reforzada por el enfoque brindado en un artículo titulado *Modelle juristischer Argumentation in der Neuzeit,* en el cual lleva a cabo una recuperación de los modelos de argumentación que fueron desarrollados a lo largo del tránsito hacia la modernidad, y destaca que la primera gran modificación fue precisamente la adaptación del sistema tradicional al axiomático-deductivo que dominó todas las argumentaciones a partir del siglo XVII[47].

Para poder cumplir con su función de unificación y coordinación del comportamiento en la sociedad, afirma VIEHWEG, es preciso que los dogmas fundamentales contengan explícita o implícitamente una teoría del Derecho material que funciona como fundamentación última, y ello significa que deben contener una respuesta relativamente concreta sobre lo que es justo[48]. En este sentido, VIEHWEG menciona varios ejemplos históricos, como la teoría de base de los juristas romanos, tan oculta que resulta difícilmente reconstituible[49], o la de Tomás DE AQUINO, que es bastante explícita. Contemporáneamente, dice el autor, podemos considerar la positivación de los derechos fundamentales en las constituciones escritas como una fijación de una teoría del Derecho material[50].

Es evidente que una fijación de tal índole, afirma VIEHWEG en otro artículo de 1961[51], plasmada en normas escritas, resuelve únicamente una parte de la cuestión

---

[46] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 17.

[47] *Cfr.* «Perspectivas Históricas de la Argumentación Jurídica: la Época Moderna», en VIEHWEG, 1997: pp. 150-163.

[48] Relativamente concreta no significa que no sea flexible, al contrario, como destacamos ya al tratar del enfoque dogmático, este tipo de enunciado y su conjunto en cuanto teoría requieren justamente ser adaptables a contextos y situaciones que varían de acuerdo con la interpretación. Véase a este respecto BALLWEG, O.: «Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale», 1969: *Archives de Philosophie du Droit,* n.º 14, Paris: pp. 257-264, p. 264: «La doctrine de base est caractérisée par la *flexibilité.* Elle aussi est mise hors question à l'égard de son contenu essentiel».

[49] A este respecto, SCHULZ FRITZ, 1990: *Principios del derecho romano,* traducción de J. M. A. VELLASCO, Madrid: Civitas, *passim.* El autor reseña los principios organizadores del Derecho romano como aquellas nociones que fundamentaban la elaboración del propio Derecho, bien por parte de los legisladores o de los juristas. Enumera los siguientes: aislamiento, abstracción, simplicidad, tradición, nación, libertad, autoridad, humanidad, fidelidad y seguridad.

[50] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 20.

[51] *Cfr.* «La filosofía del derecho como investigación básica», en VIEHWEG, 1997: pp. 34-35.

indicando lo que debe entenderse por teoría de base. La praxis requiere además que se fije una teoría dogmática de la interpretación, cuyo papel sería precisamente indicar cómo deben interpretarse los textos para hallar la referida teoría de base[52].

Sin duda, dice VIEHWEG, el intérprete está sujeto a un orden constitucional que contiene en sí una teoría del derecho no tanto formal como material. Si en esencia eso es claro y coherente, en la práctica no siempre es así, ya que esta teoría surge de las costumbres, de los hábitos, de la eticidad.

Además, la unidad o uniformidad de una teoría jurídica material de este tipo está necesariamente postulada, pero en la realidad está tan llena de tensiones que, en el fondo, su armonización plantea a cualquier jurista, y en particular a un tribunal constitucional, dificultades considerables. Una teoría del Derecho constituida así, tiene la función de evitar que la interpretación se haga interminable —aunque se sepa perfectamente que también la constitución requiere interpretarse— e indicar lo que en un determinado círculo jurídico se considera problemática de la justicia, así como fijar, de este modo, el campo de las argumentaciones jurídico-dogmáticas posibles[53].

Podemos entender mejor ahora cómo se da la relación entre una dogmática jurídica y aquello que, al debatir acerca de la diferencia entre dogmática y cetética, VIEHWEG denominó «ideología jurídica» y que constituiría la base de la dogmática. La teoría de base mencionada aquí, cuyo contenido son las opiniones fijadas sobre lo que es justo en un determinado momento histórico para una sociedad y, por ende, lo que antaño conocíamos con el nombre de ideología jurídica[54]. Independientemente de su origen —leyes, sentencias o manifestaciones religiosas— el papel desempeñado por este tipo de enunciado y por su conjunto es ofrecer una orientación a la praxis y a su peculiar necesidad de decisión, para formar así el contenido de una dogmática jurídica en un determinado momento histórico.

La perspectiva de VIEHWEG sobre este punto es, por tanto, eminentemente funcionalista. No importa cómo llega a elaborarse esa opinión ni cuáles sean sus principios de legitimación. Toda organización social que pretenda ser racionalizable elabora y fundamenta una teoría de base que abre o puede abrir las puertas a una dogmática jurídica, cuya estructura de pensamiento está determinada por tal función suya.

Pero ésa es la tarea propia de la dogmática, la de la filosofía del Derecho es otra. VIEHWEG considera que la filosofía del Derecho posee un doble papel. El primero está relacionado con el hecho de que participa esencialmente en la aparición de una teoría del Derecho. De la filosofía del Derecho nace una teoría de base que a su vez origina una dogmática jurídica. El segundo papel consiste en que, una vez que ha generado

---

[52] *Cfr.* «La filosofía del derecho como investigación básica», en VIEHWEG, 1997: pp. 29-51.

[53] *Cfr.* «La filosofía del derecho como investigación básica», en VIEHWEG, 1997: pp. 34-35.

[54] A este respecto afirma BALLWEG, O.: «Science, Prudence et Philosophie du Droit», en 1969: p. 556: «Si l'on étudie la dogmatique quant à son contenu matériel, on peut facilement constater qu'elle contient une idéologie ou une interprétation totale du caractère confessionnel ou qu'elle y renvoie dans le but que cette idéologie amplifie, valorise et interprète ces formules. Cette base de la dogmatique nous l'appelons une idéologie ou une théorie à fonction sociale, qui livre les présuppositions de la compréhension de la dogmatique et de l'interprétation». O también en «Analyse de la Jurisprudence à l'aide d'un modèle de la science sociale», en 1969: pp. 258-264, p. 261: «Dans la doctrine de base, il s'agit d'une idéologie, dans lesquelles les buts de la société sont formulés. Il s'agit d'une interprétation universelle de la réalité sociale, dans le sens plus large, avec une fonction sociale évidente».

una teoría del Derecho, no se pone a descansar y convierte en objeto de investigación la propia teoría del Derecho, ahora dogmatizada[55].

Si esto es cierto por lo que respecta a la teoría del Derecho en el viejo sentido, cabe ahora preguntarse cómo se da ese proceso cuando se instaura la teoría del Derecho en el nuevo sentido, habida cuenta de que ésta sí pretende algo radicalmente distinto de la teoría en el viejo sentido[56].

5. LA DIVISIÓN TRIPARTITA DE VIEHWEG Y LA MODERNA TEORÍA ESTRUCTURAL DEL DERECHO

Al abordar la teoría del derecho de su época, VIEHWEG propone caracterizarla de acuerdo con dos aspectos básicos. En primer lugar, la nueva teoría pretende ser una teoría estructural y relega la cuestión de la justicia a un segundo plano, pues se muestra especialmente escéptica en cuanto a la posibilidad de darle un tratamiento científico[57].

En segundo lugar, parte de fenómenos jurídicos y se preocupa por averiguar su estructura desde un punto de vista lógico o sociológico o por ambos aspectos. Exige siempre un lenguaje exacto, científico, o sea, óptimamente controlable, y postula que solamente cuando este análisis estructural se haya concluido con un lenguaje puro podrá quedar claro cuáles son las demás cuestiones que deben responderse[58].

Cuando parte de los fenómenos jurídicos como se manifiestan aquí y ahora, destaca VIEHWEG, acaba tomando por objetos de investigación la dogmática jurídica dominante y su teoría del Derecho en el viejo sentido, a los que puede ser útil desde una perspectiva crítica. Suponiendo que al final presentase una teoría que pudiera servir de base para una dogmática jurídica en su totalidad —algo que, desde luego, no sería posible omitiendo la cuestión acerca de lo justo— presentaría una nueva teoría del viejo tipo[59].

La nueva teoría del Derecho se ve como una investigación independiente, cuyo objetivo no está directamente vinculado a la dogmática jurídica. Antes bien, su independencia, por así decir, lo es justamente en relación con los condicionantes que tiene una teoría de perfil dogmático y que no debería contener un enfoque científico, con-

---

[55] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 21: «Primero, participa esencialmente en el surgimiento de la teoría del derecho. Pues una teoría tal presupone necesariamente ideas jurídico-filosóficas y también experimentos mentales. Esto es indiscutible, cualesquiera que sean los otros presupuestos necesarios que haya todavía que tener en cuenta. Por consiguiente, para nuestra reflexión es posible indicar la siguiente cadena de reflexión: filosofía del derecho —teoría del derecho (en el viejo sentido)—, dogmática jurídica. Esto significa: de la filosofía del derecho resulta una teoría del derecho que, en tanto teoría fundamental, posibilita una dogmática jurídica. Esta cadena se mantiene, aun cuando un análisis más exacto pueda mostrar en ella importantes retroefectos».

[56] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 22.

[57] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 22.

[58] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 23.

[59] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 25.

forme se propone ser la nueva teoría. Por tanto, no desea servir a la dogmática jurídica, por lo menos no en primer lugar, porque, de hecho, considera que carece de certidumbre de hasta qué punto estaría en condiciones de hacerlo. Al contrario, pues, que la teoría del Derecho en el viejo sentido, cuya pretensión era ofrecer un núcleo conceptual firme a la dogmática jurídica[60].

Tras esta caracterización de la teoría en el nuevo sentido, VIEHWEG pasa a sustentar la tesis de que ella misma es filosofía del Derecho en sentido objetivo, pese a que no quiera ser llamada así y se niegue a ser considerada una filosofía. Todavía, en su intención de cuestionamiento ilimitado y radical, coincide íntegramente con el intento filosófico[61].

Al verificar las características de la nueva teoría del Derecho, VIEHWEG la considera una investigación básica en cuanto esfuerzo científico. En la medida en que no se vincula a ningún área específica, como la sociología del Derecho o la historia del Derecho, sino que acompaña y complementa dichas investigaciones especializadas, así como las de la dogmática jurídica, se la puede considerar una filosofía del Derecho. Si esto es correcto, entonces la cadena antes indicada permanece inalterada[62].

VIEHWEG no discute explícitamente en este contexto en qué medida la negativa de la nueva teoría estructural del Derecho a tratar de la cuestión de la justicia como cuestión fundamental del Derecho interfiere con la elaboración de una teoría de base, que sigue siendo tarea suya, más aún de ser correcta la aserción de que es filosofía del Derecho en intención y método. No obstante, en un artículo que data de 1965 y versa sobre el positivismo jurídico, formula algunas consideraciones que pueden sernos útiles para entender mejor esta cuestión[63].

En dicho artículo, tras ofrecer un breve telón de fondo del positivismo jurídico y filosófico, VIEHWEG escoge como punto de partida la siguiente pregunta: ¿qué significa que los juristas prácticos alemanes (y occidentales en su inmensa mayoría) se califiquen a sí mismos de iuspositivistas? ¿Se refieren a una teoría iuspositivista determinada? No es el caso, responde, porque no existe una teoría positivista unitaria que ejerza efectiva influencia junto a los juristas prácticos. Son iuspositivistas, según sus propias afirmaciones, en cuanto que se sienten obligados por la legislación positiva[64].

---

[60] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p.. 24.

[61] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 25.

[62] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: p. 26.

[63] El artículo mencionado se titula «Was heisst Rechtspositivismus?». Y está en la colección alemana, en VIEHWEG, 1997: pp. 166-175 o, en la colección española con el título «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», pp. 52-65.

[64] Dice VIEHWEG, en «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: p. 56: «Muchos juristas, judicialmente activos —es decir, que aplican el derecho vigente y no trabajan en el nivel legislativo—, podrían decir más o menos lo siguiente: nos consideramos iuspositivistas en el sentido de que estamos obligados por la Constitución a atenernos, en todas nuestras reflexiones dogmáticas, a la Constitución positiva vigente aquí y ahora, así como también a las leyes positivas y sus equivalentes válidos constitucionalmente. Nos sentimos obligados a no sobrepasar los límites de nuestra legislación positiva. En este sentido, pensamos positivamente y evitamos todo pensamiento transpositivo. Nos parece que esto es también practicable. Consideramos que los pensamientos transpositivos son superfluos e improcedentes».

Esta posición se manifiesta concretamente en forma de escepticismo ante interpretaciones y legitimaciones más amplias [65].

Por lo que respecta al primer punto, el programa del iuspositivismo práctico es incoherente, afirma VIEHWEG, porque la interpretación se topa con la textura abierta del lenguaje, que solamente podría cambiarse si obtuviésemos una matematización completa del lenguaje jurídico [66].

Por lo que respecta al segundo punto, matematizar el lenguaje carece de sentido mientras que los elementos del cálculo no se hayan determinado unívoca y racionalmente de modo previo. En otras palabras, el precepto de cómo interpretar las premisas del juego tiene que estar previamente legitimado. Un iuspositivista coherente se muestra escéptico precisamente en cuanto a la posibilidad de que la legitimación pueda hacerse científicamente. En ambos puntos, el iuspositivista práctico se detiene a medio camino y no ofrece justificación para ello, justificación que implicaría responder a la pregunta: ¿cómo concebir una teoría de la legitimación de alcance medio? [67]

Todavía, las razones por las cuales el positivismo actúa de este modo no son absurdas y pueden comprenderse fácilmente, opina VIEHWEG. En primer lugar, es perceptible que la necesidad de legitimación varía considerablemente con arreglo a las circunstancias, en especial las políticas. En situaciones políticas estables se puede recurrir sin mayores inquietudes, por así decir, a los dispositivos constitucionales. La razón para cortar la serie de legitimación está en la propia peculiaridad del pensamiento dogmático y los dispositivos constitucionales ofrecen un buen punto de apoyo para tal necesidad de legitimación restrictiva [68].

El segundo aspecto digno de considerar es que cualquier análisis del contexto de legitimación que regrese a los orígenes acaba por desvelar una ignorancia humana que tiene que suplirse con una convicción o un acto de fe. Una negativa, tal como la del positivismo, a proporcionar fundamentos de creencia como legitimación atiende al interés de propiciar una neutralización en un mundo dividido en concepciones valorativas diversas y, en ocasiones, antagónicas [69].

---

[65] *Cfr.* «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 55-56.

[66] No sin ironía, VIEHWEG menciona que LEIBNIZ, a los veinte años, ya percibía que sólo se conseguiría una adecuada descripción unívoca si el lenguaje fuese críticamente evaluado y purificado, lo que supondría, en último análisis, una matematización. Así pues, para sustentar las pretensiones del positivismo, no basta con proponer cándidamente precauciones en la interpretación. *Cfr.* «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 58-59.

[67] *Cfr.* «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: p. 60.

[68] *Cfr.* «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 61-62. En otro artículo que versa sobre el mismo tema, «Positivismus und Jurisprudenz», de 1971 y publicado sólo en la colección alemana (pp. 159-165), VIEHWEG afirma: «So gesehen bemerkt man unschwer, dass die restriktive Intention der positivistischen Argumentation für den praktischen arbeitenden Juristen grosse Anziehungskraft haben muss. Denn sie kommt seiner dogmatischen Arbeit zugute, die já darin besteht, eine Handlungs- und Entscheidungsdogmatik für ein Entscheidungsdenken dadurch zur Verfügung zu stellen, dass bestimmte Argumente *ausser Frage* gestellt werden. Die restriktive positivistische Argumentation deckt sich also mit dem dogmatisierenden Interesse des Juristen» (p. 164). («A partir de esta perspectiva es fácil percibir que la intención de la argumentación positivista debe ser muy atrayente para el jurista de actuación práctica. Pues favorece su trabajo pragmático, que, en fin, consiste en poner un nuevo dogmatismo de actuación y decisión a la disposición de un pensar decisorio *excluyendo* determinados argumentos de *cuestionamiento.* La argumentación restrictiva, positivista, coincide, por tanto, con el interés dogmático de los juristas». La traducción es nuestra).

[69] *Cfr.* «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 62-63.

VIEHWEG toca aquí un tema que recorre su reflexión, pese a no ser tratado de modo explícito, que es la tecnificación de la sociedad y su pérdida de puntos de referencia trascendentes. Aunque nunca lo tratara en profundidad, somos de parecer que el problema constituye sin duda una cuestión candente para el autor, que se refiere a él en varios contextos distintos, incluso al tratar la llamada teoría estructural del derecho y su vertiente positivista, y afirmar la asimilación de algunos postulados adscritos al positivismo a lo que él denomina «espíritu de nuestra época»[70] y cuando formula la pregunta sobre la posibilidad de una desideologización completa de la dogmática jurídica[71].

Lo que importa observar para este debate es la necesidad de legitimación que siempre sucede, aun cuando sea interrumpida a medio camino, como menciona VIEHWEG, y que pasa a ser orientada para y por dos procedimientos complementarios.

Desde el punto de vista del contenido del Derecho, la legitimación se hace cada vez más por remisión a la idea de voluntad general expresada mediante un cuerpo de representantes cuyo papel principal es legislar. La legitimación, por tanto, va de la formulación política de la representación y de los procedimientos necesarios a la positivación de un derecho que es entendido como vinculante porque es puesto por sus propios artífices. En cuanto distinción tradicional, añade la necesidad de referirse a un cuerpo de reglas naturales que determinarían (y por ende legitimarían) el carácter vinculante del Derecho puesto, y el Derecho se convierte en lo positivo.

Si esto es cierto, no lo es menos que sigue siendo necesario comprender cómo aparece el contenido del Derecho en una sociedad en un determinado momento histórico. Aunque la dimensión de la validez esté ahora (y especialmente por obra de una teoría estructural del Derecho como la que hemos venido debatiendo) referida casi exclusivamente a un procedimiento que debe cumplirse, también es cierto que se considera la constitución desde el punto de vista del contenido, en el sentido de una teoría de base vinculante.

Ésta parece ser, a nuestro modo de ver, la importancia de la reflexión de VIEHWEG sobre la relación de una dogmática jurídica con una determinada teoría de base. La referida construcción permite entender cómo la teoría estructural contemporánea, aun cuando se niega a serlo, brinda premisas de base a la dogmática cuando se presenta como un tratamiento neutro y técnico de los conceptos generales que aparecen en todos los sistemas jurídicos y que componen su estructura básica. Al mostrarse carente de ideología, refuerza la apariencia necesaria de neutralidad que la dogmática requiere precisamente porque no le queda ya modo de ampararse en consensos valorativos uniformes surgidos de la tradición o de la religión.

Desde el punto de vista del saber jurídico dogmático, por tanto, y para su propia supervivencia, su legitimación incluye la referencia a la ciencia y a la ausencia de cuestionamiento metafísico propio de la propuesta moderna de la ciencia y que se adecua

---

[70] *Cfr.* «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 62-63.

[71] En «Ideología y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 99-113, VIEHWEG destina un apartado a este debate, y concluye la imposibilidad de tal acontecimiento, así como destaca que la tecnificación de la sociedad podría conducir a un tratamiento dogmático tan perfecto de las premisas ideológicas que parecerían desideologizadas y neutralizadas, pero ello no significa que la ideología de base habría desaparecido.

perfectamente al espíritu positivista de la época, del que no se escapa siquiera, como muy bien señala VIEHWEG, cuando se busca apoyo en investigaciones cetéticas, como las de la sociología del Derecho o la ciencia política, que nacieron justamente al amparo del pensamiento positivista [72].

Asimismo, es interesante observar que la teoría estructural del Derecho fue objeto de otro artículo de VIEHWEG, donde afirma su relación de complementariedad con respecto a una teoría retórica del Derecho, cuyo papel principal sería justamente pensar y fundamentar cómo sin recurrir a la evidencia, como pretende la teoría estructural, se encuentran los contenidos normativos. Una teoría retórica precisaría mostrar, a este respecto, cómo se podría mantener bajo control la presencia de los actos de voluntad y valorativos, de los que la teoría estructural mostró que formaban parte de la génesis de la norma, tanto por lo que respecta al papel del legislador como al del intérprete [73].

Al firmar, por tanto, que la cadena entre filosofía del Derecho, teoría del Derecho y dogmática jurídica permanece inalterada aun cuando la teoría estructural pretende apartarse por completo de los problemas de contenido, VIEHWEG pone también de realce algo importante: una «ciencia» del Derecho que haga justicia a la complejidad de su objeto requiere considerar la dependencia recíproca entre los tres ámbitos o modos del saber jurídico, precisamente porque sólo a través del análisis de la relación entre ellos puede tenerse una visión adecuada del Derecho. Retirarse del debate de contenido en nombre de la ciencia, como pretendió hacer la teoría estructural, no resuelve la cuestión.

Sintetizando el debate que planteamos hasta aquí, cabe ahora precisar en qué sentido o sentidos podemos entender que se produce la dependencia recíproca entre los tres tipos de saber que componen una ciencia completa del Derecho.

Como hemos visto, una dogmática jurídica tiene como una base una teoría material del Derecho, cuyo contenido es justamente lo que podemos considerar sus dogmas fundamentales. Esta teoría de base requiere ser racionalizada e investigada, y tal tarea, en un enfoque cetético, corresponde a la filosofía del Derecho o a la teoría del Derecho en el nuevo sentido. Dogmática y teoría de base son, pues, examinadas por una investigación cetética, mientras que ambas ensayan y desarrollan, a partir de un enfoque dogmático, aquellas premisas cognoscitivas que, recíprocamente, pueden tomarse de la investigación cetética.

La teoría del Derecho depende de la dogmática jurídica porque, dice VIEHWEG, está excluida la posibilidad de una teoría del Derecho mantenida en aislamiento y que pueda desarrollarse por sí sola hasta los detalles, habida cuenta de los problemas. Por eso, también queda excluida la posibilidad de aceptar sin más, en el marco de una ciencia del Derecho, la teoría del Derecho obligatoria para la dogmática jurídica [74].

---

[72] *Cfr.* «Was heisst Rechtspositivismus?», en VIEHWEG, 1995: p. 175, o «¿Qué significa Positivismo Jurídico?», en VIEHWEG, 1997: pp. 63-64.

[73] El artículo se titula «Reine und Rhetorische Rechtslehre» y fue originalmente publicado en 1981. Se encuentra en la colección alemana, pp. 214-217, y en la española, con el título «La teoría pura del derecho y la teoría retórica del derecho», pp. 191-195.

[74] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 27-28.

Por ese motivo, una teoría que se sustraiga al examen científico no puede ofrecer a la dogmática jurídica la necesaria base cognoscitiva y de legitimación. Así, es indispensable que la examinen la investigación y la dogmática, para promover en todas las direcciones su conformación inmanente[75].

Por el modo en que VIEHWEG plantea este debate, entendemos que el autor utiliza y entiende la expresión «teoría del Derecho» en dos sentidos. Hay una teoría del Derecho que funciona como teoría de base de la dogmática jurídica, toda vez que le proporciona sus dogmas fundamentales y es una ideología en sentido funcional, en la cual encontramos un carácter no sólo cognoscitivo, sino también fundamentado en creencias.

Hay una teoría del Derecho, en especial la teoría estructural, que persigue su identificación la ciencia y cuyo objetivo, como hemos visto, no es postular dogmas, aunque sus características acaben por formular y reforzar el «espíritu de la época» y actúe también, al menos en este sentido concreto, como teoría de base.

Esta delicada relación no queda clara en el tratamiento que VIEHWEG le da, especialmente porque el autor emplea los mismos términos para referirse tanto a la teoría de base en cuanto ideología como a la teoría estructural que se niega a actuar como teoría de base. La interpretación anteriormente propuesta es un intento de esclarecimiento. Lo que parece indudable es que el autor consideraba que el enfoque cetético estaba presente en investigaciones de cuño científico, cuando éstas aludían a un aspecto científico, y en investigaciones filosóficas, en cuyo papel y ámbito tenemos que profundizar aún.

A este respecto, el tratamiento del tema que desarrolla Ottmar BALLWEG en *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz*[76] es bastante más esclarecedor. El propio VIEHWEG se remite a él por diversas razones, aunque no lo haga acerca de este punto específico.

BALLWEG construye un modelo de análisis basado en la cibernética y considera la existencia de tres modos de pensamiento diferentes sobre el Derecho: la jurisprudencia, la ciencia jurídica y la filosofía del Derecho. Cada pensamiento cumple una función específica y ello le confiere también una estructura que lo diferencia de los demás. Para este autor, la jurisprudencia es un conjunto complejo del cual forman parte, entre otros aspectos, una dogmática jurídica y una doctrina de base. Así, la jurisprudencia no se identifica ni con la ciencia ni con la filosofía. Esta última, además, toma como objeto de reflexión precisamente a las otras dos. De este modo, con ayuda de la precisión terminológica, se descarta la posible confusión entre «teoría de base» y «teoría científica del Derecho».

Resumiendo y volviendo al modo de cómo VIEHWEG planteó la cuestión, podemos entender que la dogmática es examinada por la investigación cetética, tanto de carácter filosófico como científico, que le proporciona las premisas básicas y al mismo tiempo actúa como correctora permanente. A su vez, la investigación cetética es dogmatizada y permanece en cuanto contenido en el desarrollo interno tanto de la teoría de base como de la dogmática jurídica propiamente dicha.

---

[75] *Cfr.* «Sobre la relación entre Filosofía del Derecho, Teoría del Derecho y Dogmática Jurídica», en VIEHWEG, 1997: pp. 27-28.

[76] *Cfr.* BALLWEG, O., 1970: *Rechtswissenschaft und Jurisprudenz,* Basel: Helbing & Lichtenhahn.

De manera complementaria, por tanto, a lo debatido anteriormente cuando abordamos de modo directo la distinción entre enfoque dogmático y cetético, vemos ahora desde otro ángulo y de un modo un poco más claro que el saber jurídico se presenta siempre como un conjunto complejo de conocimientos que al mismo tiempo poseen vinculación con la dirección de comportamientos y necesidad de desarrollo reflexivo, de acuerdo con las pautas de lo que se puede considerar una investigación científica y filosófica.

6. ACUERDOS INCOMPLETAMENTE TEORIZADOS, RESISTENCIA CONSTITUCIONAL Y TEORÍA DE BASE

De acuerdo con AGUILÓ[77] podemos reinterpretar la tradicional clasificación de las constituciones en "abiertas" y "cerradas" como una oposición entre aquellas que admiten desarrollo y las que no. Las primeras tienen un perfil político e ideológico que permite pormenorizar políticas en más de un sentido, sin que se pueda decir que se está huyendo de su diseño regulativo y sin necesidad de modificar su texto. Las segundas, por el contrario, son cerradas en cuanto que su diseño regulativo es estricto y sólo permite una u otra dirección. Es evidente que si aplicamos esa noción a las constituciones efectivamente existentes percibiremos que se aplica bien a algunas de sus normas o a algunos sectores de regulación presentes en ella, de modo tal que las constituciones reales combinarían ambas características. Como modelos opuestos, sin embargo, los polos de la clasificación interpretados así nos permiten entender de modo radicalmente distinto el papel de la constitución en el ordenamiento jurídico. Las constituciones abiertas requieren desarrollo y están presentes en todos los actos de creación y aplicación del Derecho, su papel es exactamente guiarlos. Se desdobla y vivifica en los actos de creación y aplicación dentro de un ordenamiento jurídico. Las constituciones cerradas o conclusas, al contrario, tienen un gran poder normativo en aquello que regulan, pero su fuerza expansiva es limitada. Están concebidas para ejecutarse y aplicarse, no para desarrollarse.

Resulta posible establecer una relación entre las constituciones abiertas y su necesidad de desarrollo posterior y la imprecisión de sus textos, así como, en sentido opuesto, entre las constituciones conclusas, su necesidad de aplicación y sus textos más precisos. La problemática que se plantea aquí, por tanto, es la de los acuerdos incompletamente teorizados y los conceptos esencialmente controvertidos como características de las constituciones abiertas.

Sin duda, las constituciones que manejamos en los sistemas jurídicos contemporáneos recogen en sus textos derechos, principios y valores que, dado el alto grado de abstracción en que se plantean, son objeto de controversias interpretativas infinitas. Por un lado, porque realmente están planteados en un plano abstracto y, por otro, porque representan posiciones importantes en la lucha política y por ello no se renuncia a ellos fácilmente. El debate sobre su sentido no es sólo una cuestión semántica

[77] *Cfr.* AGUILÓ REGLA, J., 2003: «Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional», *Doxa,* 23, 2003, pp. 289-317.

que pueda ser resuelta con una definición vinculante, sino una cuestión práctica de alto carácter valorativo. Son lo que, siguiendo la reconstrucción de Marisa IGLESIAS, podemos denominar «conceptos esencialmente controvertidos».

De acuerdo con Marisa IGLESIAS, los conceptos esencialmente controvertidos se caracterizan por cuatro rasgos: son conceptos valorativos, atribuyen una valoración positiva o negativa a objetos; son complejos porque están compuestos de un conjunto de propiedades que requieren ser relacionados entre sí para que pueda obtenerse una concepción con respecto a ellos, o sea, necesitan que se formule una teoría sobre la relación entre las propiedades y admiten más de una teoría; son argumentativos, pues requieren un desarrollo permanente de intentos de persuasión sobre su uso adecuado, por estar envueltos en permanente controversia; son funcionales en la medida en que canalizan el debate político por bienes sociales relevantes, funcionando, en palabras de AGUILÓ, como un cuadrilátero o un ruedo [78].

AGUILÓ propone que estos conceptos esencialmente controvertidos pueden ser vistos, si cambiamos el ángulo de observación y desplazamos del momento en que se interpreta y desarrolla una constitución al momento en que ésta se formula, como los acuerdos incompletamente teorizados tal como los concibe Cass SUNSTEIN [79].

SUNSTEIN, al tratar de explicar cómo es posible que llegue a confeccionarse una constitución cuando no se es capaz de llegar a un consenso sobre determinados puntos controvertidos, defiende la tesis de que se lleva a cabo incluyendo en el texto constitucional cláusulas más o menos abiertas que él denomina «acuerdos incompletamente teorizados». Si se insistiese en teorizarlos completamente y esclarecer primeramente su sentido y alcance por lo que respecta a la atribución de posiciones sociales y derechos, probablemente haríamos inviable el acuerdo, puesto que hay diferencias de opinión irreconciliables. Esas divergencias, sin embargo, se resuelven con dos estrategias básicas: una abstracción aún mayor y la consagración de algo que deberá definirse posteriormente en la práctica interpretativa subsiguiente al establecimiento del texto constitucional; o el abandono de la consagración de algo que resulta difícil de acordar en términos más genéricos a cambio de la fijación de lo que denomina «principios de alcance medio». En el primer caso, el acuerdo se hace viable al aumentar el grado de abstracción; en el segundo, al particularizar. En ambos casos se produce acuerdo y se hace posible una constitución porque, de hecho, se guarda silencio acerca de lo que no es consensual y el debate se centra en aquello que puede ser objeto de consenso.

Es obvio que SUNSTEIN no sostiene que no se deba o pueda confiar en las teorías constitucionales como mecanismo de producción de consenso y, por ende, de producción de constituciones basadas en acuerdos completamente teorizados sobre bienes sociales, derechos y valores. Lo importante de su análisis, desde mi punto de vista, es que muestra que en sociedades pluralistas como las nuestras la capacidad de las teorías para producir consenso puede ser limitada y una de las formas de entender cómo

---

[78] *Cfr.* IGLESIAS VILA, M., 2000: «Los conceptos esencialmente controvertidos en la interpretación constitucional», *Doxa,* 23, pp. 77-104.

[79] *Cfr.* SUNSTEIN, C., 2000: «Constitutional Agreements without Constitutional Theories», *Ratio Juris,* vol. 13, n. 1, March, pp. 117-130.

aun así es posible producir una constitución que sea respetada es a través de la categoría de los acuerdos incompletamente teorizados.

El mecanismo de los acuerdos incompletamente teorizados por abstracción es, como bien apunta AGUILÓ, el uso de conceptos esencialmente controvertidos. Dichos conceptos, dadas las características examinadas más arriba, deberían ser objeto de un desarrollo posterior, deliberativo y argumentativo, dentro de los marcos institucionales previstos por la propia constitución, o sea, a partir de procedimientos de determinación que ésta prevé para legitimar la concreción necesaria lograda.

Los acuerdos incompletamente teorizados por particularización serán a su vez objeto de procedimientos de inclusión por analogía, de modo que los nuevos casos considerados suficientemente similares puedan recibir la misma solución jurídica. Ello también implica, como es fácil observar, procedimientos argumentativamente estructurados.

Resumiendo el marco que más arriba esbozamos, tenemos la idea central de que hacer una constitución no significa resolver definitivamente todos los problemas jurídicos y políticos que puedan surgir, sino iniciar algo que AGUILÓ califica de «práctica constitucional». Esa práctica depende de que se asuma la distinción entre establecer una constitución y vivir una constitución como algo relevante y que plantea un compromiso de desarrollo de ésta a los participantes del sistema jurídico.

Se resuelve, así, la objeción de que la constitución conlleva una limitación del poder decisorio de las decisiones presentes y futuras, toda vez que quedan vinculadas a la dictadura de los muertos y se comprende mejor que al establecer la constitución lo vinculante para las generaciones futuras estriba en el establecimiento de principios y valores que serán reinterpretados en la práctica constitucional del presente.

En este sentido, serían más resistentes aquellas constituciones en que tiene lugar esa posibilidad, esto es, en las cuales hay una identificación (aunque relativa y constantemente revisada) de la generación futura con los principios y valores puestos por los constituyentes y no necesariamente con los contenidos concretos que recoge en sí.

Así pues, me parece plausible apuntar que la idea de VIEHWEG de que los sistemas jurídicos se estructuran en torno a una teoría de base y ésta es producto y objeto de una filosofía del Derecho, puede leerse como otro modo de explicar cómo puede alcanzarse, y de hecho se alcanza, el delicado equilibrio entre la obediencia a las constituciones regulativas y su desarrollo posterior por la práctica constitucional.

Como hemos visto en mi descripción del pensamiento de VIEHWEG, lo que caracteriza una teoría de base es su relativa indeterminación y su carácter altamente valorativo. Tan valorativo que el autor llega a identificarla como ideología en sentido funcional, como un conjunto de creencias y valores que estructuran una visión del mundo.

Si en otros momentos históricos, como afirma VIEHWEG, la teoría de base se sustentaba en otros soportes, las sociedades contemporáneas legitiman los contenidos jurídicos al atribuirlos, aunque de modo difuso, a una teorización sobre cuáles son las formas correctas de organizar la sociedad. Aunque una afirmación así pueda hacernos pensar que están resueltos los problemas jurídicos, una mirada más atenta a ella revela que esta teoría dista de ser algo definitivo y plenamente dotado de sentido.

En un mundo pluralista y atravesado por visiones no sólo diferentes, sino en ocasiones antagónicas, sobre qué objetivos sociales hay que alcanzar y qué principios seguir, la constitución recoge en sí misma la teoría de base con esa caracterización fuertemente valorativa y a la vez carente de desarrollo a través de una práctica interpretativa.

En el momento en que se hace la constitución, por tanto, los acuerdos incompletamente teorizados, tal como los caracteriza SUNSTEIN, sirven para hacer viable la fijación de un punto de partida. Este punto de partida, no obstante, deberá ser desarrollado por la práctica interpretativa. Tal práctica interpretativa interna, que en el lenguaje de VIEHWEG está vinculada a la perspectiva dogmática y se traduce en una dogmática jurídica específica para cada sistema jurídico, trabaja al mismo tiempo con el «condicionante» de no apartarse nunca del punto de partida que es la norma constitucional, pero, a la vez, reinterpretarlo constantemente, haciendo aquello que VIEHWEG denominó «desarrollo inmanente». La caracterización de los conceptos esencialmente controvertidos, a su vez, explica cómo resulta posible ese desarrollo inmanente y representa respetar la vinculación y desarrollar al mismo tiempo el sentido de las normas constitucionales en las cuales aparecen.

Cuanto mayor es la capacidad de la dogmática jurídica para trabajar con los conceptos esencialmente controvertidos y traducir la teoría de base de modo satisfactorio para el patrón de exigencia actual de una sociedad, mayor será la capacidad de obtener respuestas satisfactorias a los problemas jurídicos y políticos a partir del texto constitucional y, por tanto, de disminuir la necesidad de reformarlo. Dicho de otro modo: mayor será su resistencia. Las constituciones regulativas, plenas de conceptos esencialmente controvertidos, exigen, por ende, un mayor esfuerzo dogmático, aunque, evidentemente, no estemos sugiriendo que una buena dogmática jurídica resuelva todos los problemas de aplicabilidad de la constitución. Pero, sin duda, convertirla en un todo dotado de sentido, aun con las contradicciones valorativas que entraña, es algo que depende de asumir el compromiso de «vivir en constitución» en términos de AGUILÓ.

Por otra parte, como hemos visto, el papel de la filosofía del Derecho y de la investigación jurídica, vinculadas a un enfoque cetético, es volverse reflexivamente sobre la dogmática jurídica. Sin el compromiso inmediato de orientar la acción, su tarea reflexiva hace viable la producción de un instrumental crítico que clarifica e ilumina el modo en que la dogmática jurídica opera y cuáles son, en fin, los procedimientos argumentativos utilizados para determinar los contenidos, tanto imprecisos como valorativos, que están en la teoría de base. Al hacerlo, aunque indirectamente, ofrece nuevas premisas de contenido para la dogmática y para la propia teoría de base. Esa filosofía del Derecho, a su vez, puede describirse también como una práctica interpretativa, aunque no sujeta a los mismos "condicionantes" de orientación de la acción. Podríamos calificarla, en este sentido, de práctica argumentativa externa, no comprometida inmediatamente con la traducción de los valores y principios constitucionales, sino también implicada en un esfuerzo de esclarecimiento y desarrollo de las teorías que fundamentan la práctica argumentativa interna.

No me parece exagerar en exceso decir que nuestras actividades en cuanto teóricos del Derecho podrían reconocerse, con algunas variaciones de intensidad, en tal

descripción. Creo que a este respecto es bastante interesante observar que VIEHWEG apuntaba el carácter esencialmente argumentativo del conocimiento jurídico, sea dogmático o no, y que al hacerlo anticipaba la caracterización de dicho conocimiento como una práctica interpretativa, guiada por objetivos y parámetros de legitimación discursiva construidos históricamente.

Por fin, respondiendo a la provocación planteada en el título de este artículo, creo que la repuesta posible es que la intuición de VIEHWEG sí hace de él un constitucionalista adelantado a su tiempo. Tal vez no lo hiciera deliberadamente, pero al igual que otras intuiciones suyas, ésta ilumina nuestra práctica como juristas al apuntar la alta relevancia jurídica y política de la constitución, sin simplificar la problemática de su interpretación y sin desconsiderar la presencia de los valores y los principios como puntos de partida y de llegada en tal práctica. Así, la actividad que ejercemos dista de ser neutra y sus repercusiones sociales no son despreciables. Aun cuando optamos por realizar una teoría estructural de derecho, como apuntaba VIEHWEG, algún grado de compromiso valorativo estará presente.

(Trad. de Ángel Espinosa Gadea)

LA CONCEPCIÓN DE LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA DE C. NINO: ¿POPULISMO MORAL O ELITISMO EPISTEMOLÓGICO?

Julio Montero

University College London

RESUMEN. Una de las principales dificultades que las concepciones de la democracia deliberativa deben enfrentar es el dilema entre sustancia y procedimiento. Este dilema surge de la siguiente situación: por un lado, las concepciones de la democracia deliberativa sostienen que los derechos que asisten a los ciudadanos deben establecerse mediante un libre intercambio reglado de argumentos entre individuos libres e iguales, pero, por el otro, el proceso deliberativo requiere el previo reconocimiento de ciertas condiciones para poder desarrollarse. Carlos NINO intentó resolver este dilema mediante su "constructivismo epistemológico", que fue elaborado en oposición tanto al "populismo moral" de HABERMAS como al "individualismo epistemológico" de RAWLS. En este artículo trataré de mostrar que la concepción de la democracia deliberativa de NINO no puede resolver el dilema antes mencionado y que sólo puede ser comprendido o bien como una variante solapada de populismo moral o bien como una forma de individualismo epistemológico.

Palabras clave: Carlos Nino, democracia deliberativa, constructivismo epistemológico.

ABSTRACT. One of the most difficult theoretical problems that the conceptions of deliberative democracy have to face is the dilemma between substance and procedure. This dilemma stems form the following circumstance: on the one hand, conceptions of deliberative democracy state that citizens' rights must be established through a free exchange of arguments for and against among equals, but, on the other hand, the deliberative process requires the previous acknowledgment of a framework of conditions to take place. Carlos NINO tried to solve this dilemma by the means of his "epistemologic constructivism", which was built up in opposition both, to HABERMAS' "moral populism" an to RAWLS' "epistemic individualism". In this article I try to show that this theory cannot actually solve the former dilemma and that it has to be understood either as a moral populism or as an epistemic individualism.

Keywords: Carlos Nino, deliberative democracy, epistemologic constructuvism.

I

El rasgo que comparten todas las concepciones de la democracia deliberativa desarrolladas en los últimos años es el de rechazar la idea de que la vida política se reduce a una mera confrontación entre grupos rivales que persiguen intereses facciosos o sectoriales y el de sostener la necesidad de alcanzar el *punto de vista del bien común* mediante un debate público en el que todos los ciudadanos tengan el mismo derecho de exponer y defender propuestas surgidas de sus propias necesidades. Puesto que este ideal político requiere que todos los ciudadanos dispongan de las condiciones necesarias para hacer valer sus puntos de vista en pie de igualdad, quienes defienden una concepción de la democracia deliberativa se enfrentan a un serio dilema que puede formularse de este modo: por un lado, en una democracia deliberativa la totalidad de las normas públicas deben ser resultado de una deliberación entre personas iguales orientada a establecer el bien común, pero, por el otro, para que esta deliberación tenga lugar es necesaria la existencia previa de ciertos derechos que regulen la relación entre los ciudadanos, al menos en los aspectos concernientes al debate democrático. Dicho con otras palabras, el problema es que, si en una democracia deliberativa una norma sólo adquiere validez luego de un debate público razonado en el que la totalidad de las cuestiones estén abiertas a la discusión, no se puede explicar la legitimidad de los derechos sobre los que supuestamente se sostiene la deliberación democrática [1].

En el debate contemporáneo se han propuesto, en términos generales, dos vías distintas para resolver este dilema. La primera de ellas, que ha sido desarrollada paradigmáticamente por J. RAWLS, consiste en establecer directamente una serie de derechos básicos, referidos a los *bienes primarios* que un régimen político debe proporcionar a sus ciudadanos, de modo tal que éstos se sitúen por encima del proceso democrático que se genera a partir de ellos. En efecto, RAWLS sostiene que en la *etapa legislativa* las diversas políticas públicas deben respetar los *principios sustantivos de justicia* escogidos en la *posición original* bajo el *velo de la ignorancia,* ya que serían aquellos con respecto a los cuales habría un consenso unánime entre las partes, previo a cualquier otra decisión. Recientemente, J. HABERMAS ha señalado las dificultades de esta concepción de la democracia deliberativa más cercana al liberalismo tradicional, al observar que, desde la perspectiva adoptada por RAWLS, los ciudadanos

> no pueden reiniciar la ignición del núcleo radical democrático de la posición original en la vida real de su sociedad, pues todos los discursos de legitimación *esenciales* han tenido lugar en el seno de la teoría; y los resultados de los debates teóricos se encuentran ya sedimentados en la constitución [2].

Por ello, la vía defendida por HABERMAS para resolver este dilema es de carácter puramente *procedimental.* De acuerdo con él, no debe imponerse ninguna restricción al debate público, dejando que sean los propios implicados quienes establezcan, en la marcha misma de la discusión, el alcance y el contenido de los derechos que se reconocerán recíprocamente. A tales efectos, deben guiar su comunicación mediante el

---

[1] Cp. MICHELMAN, 1999: 158, y VIDIELLA, 2003: 56.
[2] HABERMAS, 1996a: 67.

principio discursivo D, el cual se limita a consignar que solamente serán válidas aquellas normas que puedan obtener la aceptación de todos los involucrados en *discursos racionales,* delegando en los propios ciudadanos la responsabilidad de encontrar solución a los problemas particulares que penetran en la discusión a través del Derecho y del mundo de la vida social[3].

Sin embargo, esta concepción puramente procedimental de la democracia también choca con objeciones de peso, como la formulada por C. NINO, quien sostuvo que la misma conduce a un "populismo moral", pues implica que «la solución respaldada por la mayoría es automáticamente correcta»[4]. En efecto, es claro que si prescindimos de todo principio sustantivo que resguarde las libertades básicas de las personas, la confusión de opiniones y de razones en la discusión puede conducir con facilidad a resultados aberrantes. Esta situación amenaza constantemente con el desconocimiento de los derechos fundamentales de las minorías por parte de mayorías democráticas nucleadas en torno de alguna visión omnicomprensiva del mundo, riesgo que es tanto mayor cuanto más desorganizada e intolerante sea la cultura de base, tal como ocurre en países cuyas sociedades civiles han sido colonizadas por tradiciones religiosas o políticas autoritarias. En vista de estas dificultades, NINO intentó superar, mediante su propia concepción de la democracia deliberativa, la oposición entre las dos alternativas extremas representadas por el *formalismo* de HABERMAS, que no admite, *prima facie,* ningún contenido material, y el *constructivismo* de RAWLS, que expone un conjunto de derechos que todo régimen político debe respetar, trazando un camino intermedio entre ambas posturas que reconcilie al procedimiento democrático con el respeto de los derechos humanos. A continuación voy a examinar la concepción de la democracia deliberativa postulada por NINO y el modo en que éste intentó resolver el dilema entre sustancia y procedimiento, para exponer las razones por las cuales considero que su propuesta constituye o bien una forma de populismo moral, o bien una variante solapada de "elitismo epistemológico" similar al que NINO atribuye a RAWLS.

II

La teoría de la democracia de NINO fue explícitamente elaborada en oposición tanto al elitismo epistemológico de RAWLS como al populismo moral de HABERMAS. Siguiendo a la tradición liberal, NINO dice que deberían apartarse del debate público aquellos derechos básicos que protegen los *intereses vitales* de los seres humanos, ya que la democracia podría dar lugar a la formación de una mayoría tiránica que avasallara a las minorías[5]. A pesar de que en este aspecto NINO se aproxima a la posición de RAWLS, comparte, no obstante, la crítica de HABERMAS de acuerdo con la cual RAWLS es ambiguo respecto del valor que le atribuye al debate público. En efecto, en opinión de NINO, RAWLS se compromete con un individualismo epistemológico en virtud del cual la *reflexión individual* es el método por antonomasia de acceso a la verdad moral, de modo que los derechos de la ciudadanía serían establecidos con indepen-

[3] Cp. HABERMAS, 2000: 172 y ss., y 1996a: 71.
[4] NINO, 1989b: 109. Cp. 1997: 165.
[5] Cp. NINO 1989a: 391.

dencia de la deliberación democrática. A consecuencia de ello, NINO sostiene que RAWLS oscila entre conceder al debate público «un valor constitutivo, un valor epistemológico o ningún valor»[6]. Para resolver el dilema entre individualismo epistemológico y populismo moral, NINO postuló diversas tesis, que constituyen el núcleo de su "constructivismo epistemológico" y que voy a resumir en las dos siguientes:

[A] Los individuos pueden acceder mediante su propia reflexión individual al conocimiento del "orden moral verdadero" a través de la reflexión individual.

[B] La discusión pública es el mejor método para acceder al conocimiento de la "verdad moral"[7].

NINO explica la tesis [A] diciendo que existen ciertos *principios morales sustantivos* que pueden inferirse de los *presupuestos* y *reglas procedimentales* del discurso moral por medio de argumentos basados en *inconsistencias prácticas*[8]. De este modo, los principios morales no se *constituyen,* para él, mediante la discusión pública, sino que la validez de ciertas normas puede ser defendida *a priori* a partir de su relación con los presupuestos del discurso moral, con lo cual espera diferenciarse del "constructivismo ontológico" sostenido por filósofos como HABERMAS o B. ACKERMAN, para quienes los principios morales carecen de toda validez antes de que tenga lugar una discusión efectiva. Sobre la base de esta tesis, NINO formuló una concepción de la legitimidad según la cual un régimen político está moralmente justificado si respeta los derechos humanos sin menoscabarlos por omisión, de modo que el hacer efectivos los derechos básicos sería lo que proveería la "justificación primaria" de la existencia de un orden jurídico[9].

Pero el problema con esta concepción de la legitimidad es que si el respeto por los derechos básicos es suficiente para justificar moralmente un régimen político no puede explicarse la superioridad de la democracia como forma de gobierno. En palabras del propio NINO:

> Si un individuo usurpase el poder, pero lo usare para cumplir rigurosamente las exigencias de los principios de moralidad social expuestos, ¿qué se le podría objetar? Al cumplir con las normas jurídicas que el "dictador" sancionase se estaría satisfaciendo esas exigencias, y al dejar de cumplirlas se las estaría frustrando, por lo que sólo se puede concluir que aquellas normas estarían moralmente justificadas[10].

Como se colige del pasaje anterior, para esta concepción de la legitimidad, el mero *contenido* de las normas jurídicas es suficiente para determinar tanto la validez de éstas como del régimen político que las ha sancionado, lo cual permitiría a gobiernos autoritarios suprimir toda deliberación pública entre los ciudadanos y asegurarse la lealtad de la sociedad civil a través de la concesión de los derechos propios de la esfera privada, tal y como ocurre en aquellos regímenes que en *The Law of Peoples* RAWLS ha denominado "absolutismos benevolentes". Es por ello que NINO debió recurrir a su tesis [B] para establecer el valor de la democracia. Según esta tesis, la democracia

---

[6] NINO, 1989b: 98. Cp. 1997: 160 y ss.; GUARIGLIA, 1996: 210, y DRYZEK, 2002: 15.
[7] Cp. NINO, 1989a: 389-94 y 1989b: 104-10, 115-33.
[8] Cp. NINO, 1989a: 389-90 y 1997: 74.
[9] Cp. NINO, 1989a: 368 y 2000: 97.
[10] NINO, 1989a: 369-70.

es moralmente superior a las restantes formas de gobierno porque la discusión pública es el método más apto para conocer la "verdad moral" [11]. Dice NINO:

> Este enfoque implica que la democracia tiene valor epistemológico. Es un buen método para alcanzar el conocimiento moral puesto que incluye, como componentes esenciales, tanto la discusión como la conformidad mayoritaria, y de este modo nos lleva más cerca de la verdad moral [12].

De acuerdo con él, el valor *epistemológico* de la democracia se debe, por un lado, a que la discusión permite detectar fallas en el conocimiento y en la racionalidad, y, por el otro, a que existe una "equivalencia funcional" entre un consenso mayoritario y la unanimidad, a causa de lo cual la democracia nos proporcionaría razones para creer que "existen razones para actuar o decidir". Dicho con otras palabras, la discusión democrática conduciría al "descubrimiento" de los principios morales "verdaderos" que serían aceptados por una comunidad de personas en condiciones de *racionalidad ideal,* reduciendo a un mínimo la posibilidad de cometer "errores morales", de modo que la ciudadanía debería aceptar los resultados de la discusión pública incluso en contra de su reflexión individual [13].

III

Pero si la deliberación pública es el mejor método para conocer los principios morales verdaderos y los derechos que se derivan de ellos, el reconocimiento de estos últimos quedaría supeditado al entendimiento público entre los ciudadanos y a la libre formación de la voluntad general, con lo cual la posición de NINO conduciría a un populismo moral [14]. Por esta razón, NINO establece una serie de condiciones que el procedimiento democrático debe satisfacer para poseer valor epistémico, dentro de las cuales señala:

> *a)* la participación de todos los interesados en la discusión y la decisión; *b)* que esa participación se desarrolle sobre una base *razonable* de igualdad y sin mediar ningún tipo de coerción; *c)* que los participantes del debate público puedan expresar sus intereses y justificarlos con *argumentos genuinos; d)* que el grupo que pone en obra la deliberación tenga una dimensión tal que maximice la probabilidad de alcanzar un resultado correcto; *e)* que no existan minorías sistemáticamente *aisladas; f)* que aquellos que participan del debate no se encuentren bajo la influencia de *emociones extraordinarias* [15].

A su modo de ver, estas condiciones *prima facie* puramente *formales* hacen referencia a *bienes* que todo régimen político debe garantizar a sus ciudadanos, y sobre cuya base es posible elaborar una Carta de Derechos, al modo de la *Bill of Rights* de la Constitución de los Estados Unidos o de la *Grundgesetz* alemana. En consecuencia, al analizar los casos de desobediencia al derecho democrático, NINO distingue entre:

---

[11] El hecho de que NINO parta de una noción de "verdad moral" a la que es posible aproximarse gradualmente ha sido duramente criticado por FARREL, M. (1986), y por GUARIGLIA, O. (1996: 212-14).

[12] NINO, 1989a: 397.

[13] NINO, 1989a: 396. Cp. NINO, 1989b: 110 y 129; 1997: 182 y 187 y 1989a: 397.

[14] Cp. FERRARO, 2000: 286.

[15] Cp. NINO, 1997: 180 y 192.

i) Aquellos derechos que son una *condición necesaria* para la existencia misma del procedimiento democrático.

ii) Todos los derechos restantes, que son simplemente una consecuencia de la deliberación pública.

En relación con los derechos enunciados en NINO dice, tal y como queda consignado por la tesis [B], que la democracia es un método más adecuado para conocerlos que la reflexión individual [16]. En cambio, respecto de los derechos contenidos en *i),* afirma que, por tratarse de derechos derivados de los presupuestos mismos del discurso moral, los individuos pueden conocerlos *monológicamente,* sin necesidad de recurrir a la deliberación pública, sobre todo si disponen de un entrenamiento especial para «explorar las estructuras del pensamiento individual y las prácticas sociales», como ocurre con los filósofos morales o los jueces [17]. En efecto, de acuerdo con él, el valor epistemológico de la democracia

> no excluye que el individuo conserve la capacidad de juzgar por sí mismo en qué grado se satisfacen las condiciones para que la discusión moral sea genuina (o sea, en qué grado se respetan los derechos básicos); si el juicio es negativo, el resultado del procedimiento no gozará de ninguna presunción de legitimidad y el hombre moral deberá desconocerlo [18].

En efecto, puesto que es la vigencia de los derechos básicos de las personas lo que garantiza que la deliberación democrática sea epistémicamente valiosa, NINO sostiene que

> si estos derechos no fueran respetados, por ejemplo, por las decisiones democráticas, una persona guiada por el razonamiento práctico no tiene ninguna razón para esperar el resultado del proceso. Ella puede recurrir a su propia reflexión, la cual le ha dicho que existe un derecho que el proceso colectivo no ha respetado [19].

Por tanto, los derechos individuales básicos son, para NINO, derechos *a priori,* que poseen una validez independiente del debate público y que la deliberación pública nunca debería violar, siendo los jueces los encargados de vigilar que se respeten íntegramente. De este modo, mediante la combinación de sus tesis [A] y [B], NINO habría hallado un sendero intermedio entre una concepción como la de HABERMAS, que por su explícito rechazo de todo contenido sustantivo externo al debate democrático ponía en riesgo el pleno reconocimiento de los derechos individuales, y una concepción como la de RAWLS, que al postular directamente una lista de derechos básicos resultaba ambigua respecto de la función que asignaba a la democracia.

IV

Ahora bien, pasando revista a las estipulaciones *a)-f)* antes señaladas, se hace evidente que en ellas se entrecruzan aspectos concernientes a la garantía de las libertades formales que permiten a los ciudadanos participar de la discusión, y a las condi-

---

[16] NINO, 1989a: 394.
[17] Cp. NINO, 1997: 97 y 1989a: 394.
[18] NINO, 1989b: 133.
[19] NINO, 1997: 192.

ciones sociales y económicas que aseguran a todos los miembros de una sociedad las capacidades necesarias para incluirse en el debate. En efecto, puesto que el éxito en la deliberación pública depende de la posesión de lo que J. BOHMAN denomina "libertad comunicativa efectiva" —la *capacidad* de convencer a los demás de la superioridad de las propias propuestas— el ideal de la democracia deliberativa no se refiere exclusivamente a una modalidad política de toma de decisiones, sino también al marco social e institucional que permite a todos los ciudadanos alcanzar un "funcionamiento público adecuado" que los habilite a hacer un uso "completo y efectivo" de sus libertades políticas, presentando y defendiendo sus demandas [20]. Por cierto, la forma más sutil y, al mismo tiempo, más habitual de exclusión de la deliberación democrática, especialmente en los países del Tercer mundo, es la de no disponer de los recursos cognitivos y materiales necesarios para identificar y defender argumentativamente las propias necesidades e intereses y para cobrar audibilidad en un espacio público dominado por los grandes partidos políticos y los medios masivos de comunicación. En este sentido, la lucha de las clases o sectores históricamente marginados del debate público, que durante los siglos XIX y XX se desarrolló mediante la adquisición del derecho formal de ciudadanía, se prolonga en la actualidad a través de reclamos dirigidos a obtener los recursos económicos y sociales necesarios, comenzando por la alimentación y la alfabetización, para poder presentar ante el resto de la sociedad propuestas surgidas de las propias necesidades [21]. En vista de ello, NINO considera que dentro de las *precondiciones* del procedimiento democrático deberían incluirse también aquellos derechos orientados a dotar a todos los ciudadanos de los medios materiales indispensables para participar efectivamente de la discusión y de la toma de decisiones, de manera que los derechos económicos y sociales serían también derechos *a priori* que podrían conocerse mediante la reflexión individual [22].

Pero esta última interpretación conlleva un serio problema, que NINO expresó así:

> si cubrimos todas estas condiciones para otorgar valor epistémico a la democracia, quedan muy pocas cuestiones a ser resueltas por la democracia. La mayoría de las discusiones políticas consisten en la apropiada distribución de este tipo de recursos. [...] Aquí nos enfrentamos una vez más con el conflicto entre procedimiento y sustancia, y nos conducimos nuevamente hacia la paradoja de la superfluidad [del gobierno], en este caso, [del gobierno] democrático [23].

Con ello, el constructivismo epistemológico se expone, nuevamente, a la misma crítica que NINO formuló contra RAWLS, quien, de acuerdo él, no puede explicar adecuadamente la importancia del debate público. Para conjurar este riesgo NINO dice que no debemos tratar de fortalecer al máximo las precondiciones del procedimiento democrático, pues, en ese caso, perderíamos el método epistémicamente más confiable del que disponemos para dirimir cuestiones morales [24]. En otros términos, él considera que el valor epistémico de la democracia es una cuestión de *grados,* por lo cual, aunque la falta de satisfacción completa de sus condiciones necesarias limitaría dicho

---

[20] BOHMAN, 1999: 325.
[21] Cp. GUARIGLIA, 1996: 216.
[22] Cp. NINO, 1989a: 349 y 1997: 194.
[23] NINO, 1997: 193.
[24] Cp. NINO, 1997: 193.

valor, la discusión pública podría seguir siendo un método epistémicamente más confiable para establecer nuestros derechos que la reflexión individual.

> Si el deterioro del valor de la democracia debido a que no se cumple con algún derecho *a priori* no es tan notorio de modo que aquélla sea inferior a nuestra propia reflexión individual, deberíamos dejar a un lado nuestros juicios para dejar paso al resultado de ese proceso y confiar en que éste proveerá del cumplimiento del derecho en cuestión. Hay una cierta línea por debajo de la cual el proceso democrático pierde toda capacidad de mejorarse a sí mismo. Por sobre esa línea, la democracia se realimenta a sí misma, trabajando por el logro de sus propias precondiciones. La línea, repito, es fijada por comparación con métodos alternativos de toma de decisiones, incluyendo nuestra propia reflexión individual [25].

De este pasaje se sigue, a mi juicio, una distinción entre tres categorías complementarias de derechos, que puede resumirse del siguiente modo:

i) Derechos que constituyen condiciones necesarias para la existencia de la deliberación democrática, cuyo reconocimiento no queda supeditado al debate público.
ii) Derechos que constituyen condiciones necesarias para la existencia de la deliberación democrática, cuyo reconocimiento efectivo dependerá de los resultados del debate público.
iii) Derechos que sólo son consecuencia de la deliberación democrática.

De acuerdo con NINO, estas tres categorías de derechos se relacionan de maneras diferentes con el procedimiento democrático. La conexión exacta que cada una de ellas mantiene con la deliberación pública es, sin embargo, bastante difícil de esclarecer. El caso menos complejo es el que representan los derechos enunciados en *iii),* los cuales surgen de la necesidad de regular las conductas de personas que comparten un mismo espacio vital, tales como los derechos de los que gozan los automovilistas y los peatones, los derechos que asisten a los propietarios de inmuebles, los *códigos de convivencia,* etc. En cuanto a las dos categorías restantes, dado que tanto los derechos consignados en *i)* como en *ii)* expresan condiciones vinculadas al valor epistémico de la democracia, ambas tienen un carácter *a priori.* No obstante, mientras que los derechos referidos en *i)* establecen el límite por debajo del cual la democracia pierde por completo su valor epistémico, los contenidos en *ii)* hacen referencia al nivel epistémico máximo que la deliberación pública puede alcanzar. El supuesto de NINO es que, una vez satisfechos los derechos pertenecientes al grupo *i),* la dinámica misma de la vida democrática allanará el camino para que la ciudadanía otorgue reconocimiento positivo a los derechos del tipo *ii),* ya que la democracia trabajará por el fortalecimiento de sus propias precondiciones.

La pregunta, entonces, sería: ¿cuál es ese límite por debajo del cual la democracia ya no nos ofrece razones para creer que existen razones para actuar? ¿Dónde debe trazarse exactamente la línea por debajo de la cual la democracia pierde toda capacidad de mejorarse a sí misma? ¿Cuál es la frontera entre los derechos que forman parte de la categoría *i),* y que el procedimiento democrático no puede desconocer, y los que integran la categoría *ii),* cuyo reconocimiento efectivo dependerá de la opinión de la mayo-

[25] NINO, 1997: 194.

ría luego del debate? En respuesta a esta pregunta, NINO sostiene que los «derechos políticos activos y pasivos, la libertad de expresión, la prohibición contra agresiones y contra las restricciones a la libertad de movimiento», en una palabra, los derechos humanos comúnmente denominados *de primera generación,* son centrales para que exista un mínimo de democracia [26]. Esto significa que un régimen que garantizara los derechos civiles y políticos de sus ciudadanos satisfaría las condiciones mínimas que la democracia requiere para poseer un valor epistémico mayor que la reflexión individual. Los derechos económicos y sociales, por su parte, permanecerían sujetos a controversias originadas en las diversas tradiciones ideológicas, económicas o políticas a las que suscriben los ciudadanos, y podrían conquistarse mediante el debate público, la lenta formación de una conciencia cívica a nivel de la sociedad civil, las elecciones periódicas y la constitución de una *phronesis* pública, que, dentro del rígido marco provisto por los derechos individuales básicos, sea capaz de descubrir qué es el bien no para un individuo o un grupo, sino para todos los miembros de una misma sociedad.

V

Según hemos visto, lo que justifica, para NINO, que los derechos civiles y políticos sean apartados de la deliberación democrática es su condición de derechos *a priori.* Puesto que estos derechos se derivan de las condiciones mismas del discurso moral y del proceso deliberativo, pueden ser conocidos mediante la reflexión individual, tal y como consigna la tesis [A], por lo cual los ciudadanos podrían reclamar su observancia incluso en contra del debate público. ¿Cómo pueden, sin embargo, los individuos arrogarse una capacidad epistémica superior a la de la deliberación democrática? Para responder a esta difícil pregunta, NINO invoca dos razones, a saber: *a)* en primer lugar, asevera que «la probabilidad de que aun por vía de la reflexión individual se llegue a una conclusión correcta aumenta cuando ella se refiere a las precondiciones del procedimiento colectivo» [27], y *b)* en segundo lugar, afirma que el origen democrático de las normas constituye una razón suficiente para aceptarlas sólo en aquellos casos en los que nuestra propia reflexión individual no nos permite pronunciarnos con seguridad respecto de la validez de un principio de acción, pues el "hombre moral" debe acudir a las autoridades y a sus normas en busca de orientación *únicamente* cuando ignora cuáles son los principios morales correctos [28]. Hasta donde alcanzo a ver, esto significa que NINO propone implícitamente una tesis auxiliar que restringe el alcance de [B], en virtud de la cual la discusión pública es el mejor método para acceder al conocimiento de la verdad moral si y sólo si nuestra reflexión individual no nos ofrece buenas razones para creer que están siendo violados los derechos básicos de las personas. Naturalmente, NINO considera que haciendo uso de nuestro razonamiento práctico individual podremos concluir que, por derivarse de las condiciones *a)-f),* los derechos civiles y políticos son indispensables para que las normas resultantes de la deliberación democrática sean válidas, a consecuencia de lo cual el respeto de los dere-

[26] Cp. NINO, 1989b: 110, 133, etc., y 1997: 275-6.
[27] NINO, 1989b: 110.
[28] Cp. NINO, 1989b: 122 y 133 y 2000: 94 y ss.

chos humanos de primera generación sería indispensable para que la democracia nos ofreciera razones para creer que existen razones para actuar.

Hasta aquí no habría problema. Pero, en relación con los derechos de bienestar, NINO dice que no existen dudas respecto de su importancia para el debate democrático, ya que

> [s]i alguien se está muriendo de inanición, o se encuentra muy enfermo y privado de atención médica, o carece de toda posibilidad de expresar sus ideas a través de los medios de prensa, el sistema democrático se vería dañado del mismo modo que lo sería si ese individuo estuviera privado de sus derechos civiles [29].

De este pasaje se colige que, en opinión de NINO, tanto los derechos económicos, que aseguran a todos los ciudadanos las bases de su independencia y de su autonomía política, como los derechos sociales, que garantizan un acceso universal a la salud, a la educación, a la vivienda, a la seguridad social, etc., son indispensables para que la democracia posea valor epistémico, ya que, en sus palabras, una democracia deliberativa «demanda una voz igual y un voto igual como también todas las precondiciones para que esa igualdad sea sustantiva y no meramente formal» [30]. En consecuencia, el propio NINO nos provee de buenas razones para creer que los derechos de bienestar son precondiciones del debate público y que cuando éstos no son satisfechos la democracia ya no nos ofrece razones para creer que existen razones para actuar en base a las normas por ella sancionadas. Más aún, en contra del *libertarianismo,* NINO sostiene que los derechos económicos y sociales constituyen la "contrapartida positiva" de los derechos civiles y políticos, de modo que si éstos no fueran debidamente reconocidos, los propios derechos de primera generación peligrarían. Ahora bien, si los derechos de bienestar son derechos *a priori,* entonces, ¿por qué habría que esperar que el debate público se expida respecto de ellos? Sin duda, si los ciudadanos pudieran reclamar el reconocimiento pleno de estos derechos frente a las decisiones mayoritarias, el constructivismo de NINO incurriría en un individualismo epistemológico similar al de RAWLS. En efecto, ¿por qué no podrían los individuos, los filósofos morales o los jueces inferir, mediante argumentos basados en "inconsistencias prácticas", la absoluta necesidad de que los derechos económicos y sociales sean satisfechos al menos en cierta medida para que los resultados de la deliberación pública resulten legítimos? NINO eludiría esta dificultad alegando que, superado el umbral provisto por los derechos civiles y políticos, la deliberación democrática es el método epistémicamente más confiable para conocer todos nuestros derechos, incluso nuestros derechos *a priori.* Como consecuencia, la tesis de NINO según la cual los derechos económicos y sociales son efectivamente derechos *a priori* que la democracia no debería desconocer jamás, tendríamos que entenderla, según él mismo sugiere, sólo como una *propuesta* respecto del modo en que los ciudadanos deberíamos comprender al interior de la discusión pública las precondiciones mismas de esta práctica, siendo el propio debate democrático el encargado de determinar si esta propuesta es la que mejor expresa los intereses de todos los miembros de la sociedad o no [31]. Pero

[29] NINO, 1997: 276.
[30] NINO, 1997: 93. Cp. 1989a: 349.
[31] Cp. NINO, 1997: 191.

si la discusión pública es el método epistémicamente más adecuado para conocer incluso nuestros derechos *a priori,* ¿no deberían también los derechos civiles y políticos poder discutirse y eventualmente modificarse en el transcurso de la deliberación democrática, de modo que fuera el propio debate público el que estableciera qué derechos es necesario garantizar a los participantes a fin de que la deliberación tenga valor epistémico? O, dicho en otros términos, ¿por qué no podría un debate público que respetara *prima facie* los derechos humanos de primera generación y que tuviera, por tanto, valor espistémico revisar y reconfigurar el esquema de derechos que la deliberación necesita para que sus resultados sean aceptados, a la luz de nuevas interpretaciones del sentido de las condiciones *a)-f)*? Esto es lo que NINO parece tener en mente cuando dice que

> el debate no debería ser ficticio o imaginario, sino real y tendrían que participar de él personas verdaderas como se presupone cuando a la democracia es asociada un valor epistémico. El intento de excluir algunos derechos básicos del proceso no parece estar permitido. Después de todo, por las mismas razones que recurrimos a la discusión sobre asuntos morales, debemos también utilizar la discusión para determinar los derechos [32].

Esta manera de resolver la acusación de individualismo epistemológico, ¿no implicaría, empero, abandonar la tesis [A], según la cual los individuos pueden acceder a la verdad moral a través de su reflexión individual? En efecto, si son los propios implicados quienes deben decidir, en la marcha misma de la discusión, cuáles son sus derechos, ¿no habría NINO abandonado la idea de que existen derechos *a priori* que podemos conocer con independencia de la discusión pública? ¿Cuál sería, en este caso, la diferencia entre la propuesta supuestamente populista de HABERMAS y su propia teoría?

Como consecuencia, considero que el intento del constructivismo epistemológico por encontrar una vía intermedia entre el populismo moral de HABERMAS y el elitismo epistemológico de RAWLS, que permita superar el dilema entre sustancia y procedimiento, fracasa. En efecto, el constructivismo epistemológico parece enfrentarse a la siguiente disyuntiva: o bien acepta la alternativa puramente formal, que explícitamente se opone a que se impongan al debate democrático restricciones externas emanadas del uso *privado* de la razón, o bien otorga prioridad a los derechos individuales, colocándolos decididamente por encima de un proceso colectivo cuya legitimidad estaría supeditada al reconocimiento de los mismos. Es este segundo camino el que, en última instancia, NINO escogería al afirmar que

> los derechos [individuales básicos] no se derivan del proceso democrático sino que surgen de reflexiones efectuadas sobre los presupuestos de nuestra práctica de la discusión moral. Una vez que descubrimos estos derechos, su función parece ser precisamente la de limitar la operación del proceso democrático a través de la descalificación de decisiones colectivas que los ignoran. [...] Ésta es la intuición básica detrás de la idea de que cuando el constitucionalismo es sumado a la democracia, hay decisiones democráticas que están impedidas por el reconocimiento liberal de los derechos [33].

En definitiva, la justificación de la democracia como la mejor forma de gobierno depende, en el constructivismo epistemológico, de la «concepción ideal de los dere-

---

[32] NINO, 1997: 190-1.
[33] NINO, 1997: 95.

chos» que NINO defiende y que está compuesta de tres principios morales sustantivos: el *principio de autonomía,* el *principio de inviolabilidad* y el *principio de dignidad de la persona,* los cuales dan sustento a una concepción liberal de la legitimidad política[34]. Por cierto, si bien la democracia es, para él, el sistema político que mayor capacidad tiene para justificar sus decisiones, «es la exigencia de que los derechos [básicos] no se vean frustrados por actos u omisiones de otros, lo que justifica concentrar la fuerza disponible en una sociedad en ciertos órganos dispuestos a preservar esos derechos»[35]. En este sentido, contra quienes, como E. RABOSSI y más recientemente R. RORTY, sostienen que los derechos humanos son una mera positivización de ciertas intuiciones morales que se habrían forjado principalmente en el mundo occidental durante los últimos siglos, NINO afirma que se trata de *derechos morales* destinados a garantizar a todos los seres humanos en cuanto tales un espacio al interior del cual puedan llevar a cabo sus planes de vida sin sufrir interferencias de ningún tipo. De esta forma, ninguna norma pública que contradiga los derechos humanos podría considerarse justificada, aun cuando su origen fuera legítimo, pues la validez de éstos no depende, para NINO, de la deliberación pública, sino de la «concepción ideal de los derechos» que, a través de una compleja concatenación de razonamientos morales individuales surgidos de su propia reflexión individual, él ha establecido[36]. Este modo de comprender la relación entre democracia y derechos humanos se origina, sin duda, en la razonable idea de que la democracia por sí sola no es una condición necesaria ni suficiente para la institucionalización y garantía de los derechos humanos, pues, como ya temían PLATÓN y ARISTÓTELES, *el gobierno de todos* puede convertirse con facilidad en «el gobierno del más fuerte». Frente a esta alternativa, NINO parece compartir la intención de los filósofos liberales de fijar límites al poder democrático que protejan a las minorías y aseguren una igualdad de trato a quienes no comparten las convicciones sociales, políticas, religiosas o culturales de la mayoría. La pregunta, entonces, sería: ¿en qué se diferencia la concepción de la democracia deliberativa defendida por NINO del individualismo epistemológico de RAWLS?

BIBLIOGRAFÍA

BOHMAN, J., 1999: «Deliberative Democracy and Effective Social Freedom: Capabilities, Resources, and Opportunities», en *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics* (BOHMAN, J., y REHG, W., eds.), Massachusetts: The Massachusetts Institute of Technology Press.

DRYZEK, J., 2002: *Deliberative Democracy and Beyond,* Oxford: Oxford University Press.

FARREL, M., 1986: «La teoría de Nino sobre la democracia», *Revista de filosofía y de teoría política* (Universidad Nacional de La Plata), 26-27 (1986), pp. 24-28.

FERRARO, A., 2000: «Guariglia y la democracia en Latinoamérica», en *Universalismo y multiculturalismo* (BERTOMEU, M. J.; VIDIELLA, G., y GAETA, R., eds.), Buenos Aires: Eudeba.

GUARIGLIA, O., 1996: *Moralidad, ética universalista y sujeto moral,* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

[34] Cp. NINO, 1997: 95, 74-82.
[35] NINO, 2000: 97.
[36] Cp. NINO, 1989a: 24, 370, y STAFFORINI, 2003.

— 2002: *Una ética para el siglo XXI: ética y derechos humanos en un mundo postmetafísico,* Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

HABERMAS, J., 1996a: «Reconciliation through the Public use of Reason: Remarks on John Rawls Political Liberalism», en *Debate sobre el liberalismo político* (RAWLS, J., y HABERMAS, J.), Barcelona: Paidós, 1998.

— 1996b: «"Vernuftig" versus "Wahr"», en *Debate sobre el liberalismo político* (RAWLS, J., y HABERMAS, J.), Barcelona: Paidós, 1998.

— 2000: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso,* Valladolid: Trotta.

MICHELMAN, F., 1999: «How Can The Peolple Ever Make the Laws? A Critique of Deliberative Democracy», en *Deliberative Democracy. Essays on Reason and Politics* (BOHMAN, J., y REHG, W., eds.), Massachusetts: The Massachusetts Institute of Technology Press.

NINO, C. S., 1989a: *Ética y derechos humanos,* Buenos Aires: Astrea.

— 1989b: *El constructivismo ético,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— 1997: *La constitución de la democracia deliberativa,* Buenos Aires: Gedisa.

— 2000: *La validez del derecho,* Buenos Aires: Astrea.

RAWLS, J., 1995: «Reply to Habermas», en *Debate sobre el liberalismo político* (RAWLS, J., y HABERMAS, J.), Barcelona: Paidós, 1998.

— 1996: *Political Liberalism,* New York: Columbia University Press.

— 2000: *The Law of Peoples with "The Idea of Public Reason Revisited",* Massachusetts: Harvard University Press.

STTAFORINI, P., 2003: «El constructivismo epistemológico y el valor epistémico de la democracia», inédito.

VIDIELLA, G., 2003: «La razón pública y la democracia deliberativa», en *Phronesis: revista de filosofía y cultura democrática,* 10 (abril 2003).

EL REFLEJO DEL DERECHO EN LA LITERATURA

François Ost

Université Saint-Louis. Bruselas

RESUMEN. En este artículo el autor presenta diversas formas en las que el Derecho puede reflejarse en la literatura. Algunas de ellas van desde la comparación interpretativa de textos jurídicos con textos literarios, hasta el estudio del lenguaje jurídico como la retórica judicial o parlamentaria. De todas las perspectivas, el autor se decanta explícitamente por una de ellas: aquella que asume las cuestiones más fundamentales del Derecho, la justicia y el poder. Esto es, el tipo de perspectiva que estudia el Derecho *en* la literatura. Para el autor, esta perspectiva que mira al Derecho *en* la literatura no debe tomarse como un mero divertimento académico, sino que debe ser entendida como una forma más de comprender los vericuetos de la razón práctica.

Palabras clave: Derecho y literatura, justicia, poder, razón práctica.

ABSTRACT. In this article, the author presents us with various ways in which law can be reflected in literature. Some of these range from the interpretative comparison between legal texts and literary texts to the study of legal language as judicial or parliamentary rhetoric. Among all these perspectives, the author explicitly opts for the one which deals with the most fundamental questions in law, that is to say justice and power. That is, the type of perspective from which law *in* literature is studied. In the author's opinion, this perspective, which considers law *in* literature, should not be seen as mere academic entertainment, but rather as one more way of understanding the twists and turns of practical reasoning.

Keywords: Law and Literature, justice, power, practical reasoning.

1. LA PLUMA Y LA ESPADA: UN PELIGROSO VÍNCULO

Sin duda hay quienes creen que el Derecho es dominio exclusivo de la profesión jurídica, que las exactas fórmulas que nacen de un sistema de "regulación normativa" sólo pueden ser conocimiento exclusivo de los abogados, y que, por lo tanto, la intrusión de cualquier lego en este campo denominado "positivo" del Derecho no es nada más... que literatura. Mucho me temo que a esta clase de personas no les interesará el diálogo que les propongo.

Si, por otro lado, se cree, como muchos hacen, que el Derecho mantiene una relación esencial con la «imaginada institución social», como diría CASTORIADIS, que se pone en contacto con la «institución humana», en palabras de LEGENDRE, y que contribuye directamente a la constitución de un «orden simbólico compartido», usando una expresión de RICOUER (en otras palabras, que su función primordial es la de expresar los valores colectivos de la sociedad y la de proveer de directrices a los individuos), entonces, se comprende que la fusión que hay entre el Derecho y la literatura no es casual.

Ahora bien, tomemos en cuenta que en los Estados Unidos existe un importante movimiento denominado "Law and Literature" que ha desarrollado todo un andamiaje de revistas especializadas, congresos universitarios y conferencias en torno al tema. En Francia y en Bélgica aún no se puede decir que esta perspectiva haya echado raíces, aunque podemos notar algunos destellos de interés. Resulta alentador que estos primeros pasos, aunque modestos, hayan surgido del interés común entre la profesión jurídica y la profesión literaria. Esto ha permitido fructuosos encuentros interdisciplinarios sin que se corra el riesgo de subestimar alguna de estas disciplinas o de reducirla a mera coartada auxiliar o a la mera explotación.

La relación entre Derecho y literatura podemos entenderla, al menos, desde tres distintas dimensiones:

Primero, nos encontramos con el derecho *de la* literatura, una perspectiva que normalmente ha sido reservada para los abogados. Bajo esta perspectiva se pueden analizar la libertad de expresión que gozan los autores, la historia jurídica de la censura, las demandas que surgieron a propósito de obras que, en su tiempo, fueron consideradas como escandalosas; desde *Madame Bovary* hasta *Los versos satánicos,* desde *Las flores del mal* hasta un Pierre MERTENS con su *Une paix royale.* Se pueden hacer comparaciones entre sistemas de marcas y de derechos de autor, se puede estudiar desde la regulación de bibliotecas públicas hasta los programas escolares o las políticas de subsidios editoriales.

Una segunda perspectiva puede ser el estudio del Derecho *como* literatura. En este caso, se puede considerar la retórica judicial y parlamentaria; se puede estudiar el estilo particular de los abogados, un estilo que es a la vez dogmático, tautológico y performativo. Se pueden comparar métodos de interpretación entre textos literarios y textos jurídicos. Esta clase de perspectiva ha sido desarrollada ampliamente en los Estados Unidos, basta echar un vistazo al trabajo de algunos autores como Ronald DWORKIN y Stanley FISH.

Por último, la perspectiva por la que yo me decanto estudia el Derecho *en* la literatura. Desde luego no se estudia el Derecho técnico, aquel que encontramos en los

diarios oficiales, en los tratados y en las doctrinas (aunque cabe decir que en ciertas páginas de BALZAC se puede aprender mucho más acerca de la bancarrota que en antologías completas de jurisprudencia). No, el Derecho que busco en la literatura es el que asume las cuestiones más fundamentales a propósito de la justicia, del Derecho y del poder. Orestes y Hamlet nos invitaron a pasar por el estrecho sendero que separa la venganza de la justicia; es la conciencia problemática de Antígona la que cuestiona el reto del Derecho natural ante la institucionalización del Derecho en cada época; es la aparentemente arbitraria incriminación de Joseph K. la que levantó la esquina del velo que cubría la arcaica Ley de las necesidades, la que toma el mando cuando las instituciones están corrompidas y los procedimientos pervertidos [1].

Así, gradualmente comienza a tomar forma un objeto común de estudio para las profesiones jurídica y literaria. Éste se articula en torno a las preguntas: 1) ¿Qué puede ofrecerle la literatura al Derecho?, y 2) ¿Qué gana la literatura con tener presente en sus obras al Derecho? [2]. Es cierto que existen ciertos riesgos en esta empresa, pero ¿no son necesariamente peligrosas las relaciones entre la pluma y la espada? El peligro se da cuando se confunden estos dos géneros; la literatura se torna moralizante o el Derecho deja de juzgar.

Por eso es importante que desde el principio distingamos claramente lo que separa al discurso jurídico del discurso literario. Mientras que el Derecho codifica la realidad, institucionalizándola en una estrecha red de requisitos previamente acordados, contemplados en un complejo sistema de límites y prohibiciones, la literatura, en cambio, libera las posibilidades del pensamiento, suspende nuestra certidumbre, despierta nuestra energía de su letargo, sacude identidades y convenciones y nos lleva a una encrucijada donde todo puede comenzar de cero.

Mientras que el Derecho selecciona, establece jerarquías y crea reglas, la narrativa literaria satisface un infinito de "variaciones imaginativas". Como un laboratorio de experimentos humanos, la literatura explora un amplio espectro de posiciones, valores y representaciones, sus pasajes no se retraen ante los límites más vertiginosos. Mientras tanto, el Derecho se enfrenta a situaciones ya estereotipadas a las que corresponden las leyes (decretos y reglamentos). La ficción literaria cultiva la ambigüedad de sus personajes y juega con la ambivalencia de las situaciones que ella misma crea. El Derecho sólo se desarrolla a partir de generalidades y abstracciones (sentencias que establecen precedentes y reglas que a fin de evitar la arbitrariedad que trae aparejada el privilegio —usando la terminología de ROUSSEAU— considera a los «ciudadanos como a un cuerpo»); la literatura, en cambio, se encuentra en constante movimiento, avanzando más y más sobre la singularidad de lo individual. Por lo tanto, por un lado tenemos la conformidad de situaciones promedio, mientras que, por el otro, el misterio del destino particular.

Todo esto, aunque resumido, es claramente cierto. No cabe duda de que el Derecho pertenece al sector de las formas institucionalizadas. Pero cómo ignorar que dentro de él operan incansables fuerzas centrífugas que algunas veces quedan deliberada-

---

[1] Véase mi trabajo, 2004: *Raconter la loi. Aux sources de l'imaginaire juridique,* Paris: Odile Jacob.

[2] Véase OST, François *et al.,* 2001: *Lettres et lois. Le droit au miroir de la littérature,* Brussels: Publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

mente olvidadas por un compromiso con la racionalidad formal —por ejemplo, aquellas que hacen diariamente de los tribunales una escena de dramas individuales que para muchos no pueden reducirse a calificaciones predeterminadas, como si irremediablemente la vida siguiera hacia adelante, siempre hacia una renovada singularidad—. Asimismo, no podemos negar que el Derecho sabe cómo usar el poder de las palabras (la retórica jurídica y parlamentaria, la hermenéutica doctrinal, el ingenio para fundamentar textos constitucionales) cuando las utiliza con múltiples recursos lingüísticos para crear un exceso de emoción y una ficticia inflación de los valores.

Frente a esto, no es coincidencia que PLATÓN, visceral oponente de la democracia, se haya también opuesto arduamente a los dramas trágicos excluyéndolos de la educación de la juventud y, finalmente, haciéndolos desaparecer en su proyecto de una ciudad ideal. PLATÓN entendió mejor que nadie el íntimo vínculo que hay entre ficción literaria (en su caso, la tragedia) y la auto-constitución de una ciudad (¿acaso la ficción literaria no fue en siglos pasados cómplice del auto-cuestionamiento de una ciudad?), razón por la que se oponía a la disminución de la verdad y de la falsedad y a la confusión entre lo bueno y lo malo que se manejaban dentro de la tragedia. Después de estas sorprendentes declaraciones, los legisladores de la ciudad ideal de Magnesia, en su papel de Constituyentes, fueron quienes al final acabaron por escribir una tragedia, al rechazar a los autores de este género, quienes eran tanto dignos rivales como peligrosos alborotadores (pero esta tragedia a la que me refiero era de la "mayor excelencia", purgaba las ambivalencias de la *doxa* y las incertidumbres de la *praxis*). Lo que podemos rescatar de esta historia es que la distinción entre ficción literaria y novela política es muy tenue y la competencia es furiosa. Ambas fueron pensadas, desde su particular punto de vista, como un intento de instituir un mundo a través de la confrontación de sus respectivos poderes, que en ocasiones se oponen y en otras se complementan.

Ahora bien, no cabe duda de que en la literatura se canalizan deudas de carácter individual; sin embargo, también sabemos que en la particularidad de cada libro hay ciertas instancias que alcanzan a tocar lo universal. Y si bien es cierto que algunas veces tanto el poeta como el novelista reinventan el lenguaje para librarse de los convencionalismos (frases trilladas y clichés), también es cierto que no pueden ignorar las reglas del juego de la comunicación, ni las leyes universales del significado. No hay duda de que la literatura se protege a sí misma de edificar discursos y, tampoco, de que se cuestiona constantemente acerca de nuestros códigos, estereotipos y sermones. También, todos sabemos que en ocasiones para la literatura éste es simplemente el camino más seguro para llegar a la radicalidad de los requisitos éticos y poder asumir la libertad y la responsabilidad que nos hace humanos. ¿Es que acaso no nos damos cuenta de que tanto nuestra identidad individual como nuestro bagaje colectivo sumergen sus raíces en los cimientos de la narración —tragedias familiares o políticas—, y que las características de ésta representan modelos habituales? La narración, como nos enseña Paul RICOEUR, se encuentra a mitad de camino entre la descripción y la prescripción, se muestra ante nosotros como un refugio de la razón práctica; la narración constantemente reorganiza la realidad con deseos de poderla dotar de significado, y la ubica al mismo nivel de los valores que son introducidos por su propia historia.

Éste es el objetivo al que dirijo mis primeros pasos: en lugar de mantener un diálogo de sordos entre un sistema jurídico codificado, institucionalizado, que mantiene

un fuerte sentido de la efectividad y de la racionalidad, por un lado, y una literatura también institucionalizada, pero celosa de su ficción y de su irracionalidad, por el otro, más bien veo un ejercicio dialéctico entre ambas partes en el que las dos se reconocen como comunes, complejas y desarrolladas. Es decir, que entre el "todo vale" de la literatura y el "el tener que" del Derecho hay, al menos, tanta confrontación como interacción. Así es cómo la sociedad escoge su escenario, el cual está en medio de una gama de distintas variedades normativas que emergen de la creación literaria y que más tarde son impuestas por la autoridad de un sistema institucionalizado de obligaciones. Pero en cuanto estas elecciones son puestas sobre la mesa, son cuestionadas, subvertidas y matizadas —primero en el inmenso campo de la práctica, el que nunca se ajusta a la ley tanto como al legislador le hubiese gustado; después tras bambalinas del Derecho, donde se encuentra una especie de purgatorio normativo, una antesala de legalidad flexible; y, finalmente, en el parlamento, donde el Derecho mismo termina por rendirse ante los obstáculos que le impone una conciencia social que nunca descansa. *Ex facto ius oritur* (el Derecho deriva de los hechos) es la enseñanza de un clásico principio jurídico; sería más acertado decir *ex fabula ius oritur* (el Derecho deriva de la ficción)— y después de un prolongado momento de estabilidad normativa los elementos de estas elecciones regresan rápidamente a su lugar de origen.

¿Qué podemos, entonces, conseguir del estudio de esta confrontación entre Derecho y literatura? A un nivel muy superficial sólo es un erudito divertimento: las referencias literarias embellecen humanísticamente las frías expresiones jurídicas. Obviamente, este efecto carece de interés. No obstante, resulta mucho más esencial esperar que la literatura adopte un papel de *crítica subversiva:* Sócrates acusando a sus jueces, Antígona retando al orden de la ciudad, Alicia viajando a través de un espejo, y así, numerosos personajes literarios que le recuerdan al emperador que está desnudo o que está desafinado. Finalmente, en algunos casos, la literatura adopta una función de *creación transformativa,* sin necesidad de que ésta sea su principal intención. Esta versión literaria es fundacional, no sólo guiándonos para revisar nuestras ideas, sino también examinando los valores y, de vez en cuando, las prescripciones.

Por lo tanto, al explorar detrás del escenario de las instituciones jurídicas logramos revelar tanto sus ficciones como sus efectos *trompe-l'oeil,* tanto sus artificios como sus efectos teatrales. Esto produce, simultáneamente, un conocimiento crítico de las construcciones jurídicas y un incentivo para reformularlas con un conocimiento mucho más profundo del lenguaje. Asimismo, es un incentivo para conocer los vericuetos de la razón práctica.

2. DE LA BIBLIA A KAFKA: EL DERECHO EXAMINADO POR LA LITERATURA

Ahora me gustaría aventurarme por un camino sinuoso que nos llevará desde la Biblia hasta KAFKA, tomando por ruta a Esquilo y Defoe, tratando de descubrir el fascinante reflejo del Derecho en la literatura y algo sobre sus respectivos poderes.

Los primeros ejemplos los podemos encontrar en algunas de las versiones sobre la voluntad creadora del Derecho. Aquí me limitare únicamente a contemplar dos de ellos: la explicación bíblica de los sucesos del Monte Sinaí y el *Protágoras* de PLATÓN.

Ambas versiones son hipotéticamente edificantes; por si fuera poco, son los cimientos de los grandes relatos políticos donde se habla del origen del Derecho y de las instituciones. Por ser así, esperaríamos una especie de epifanía por parte del legislador-soberano, algo como una fuente trascendental de legalidad y legitimidad. No obstante, es cierto que estas dos versiones no carecen de una dimensión trascendental, pero tampoco las podemos reducir sólo a ello. En absoluto se trata de una imposición unilateral del Derecho, por el contrario, a través de ellas somos testigos de una nueva invención procedimental para crearlo. De un diálogo que se erige en contra de alianzas hechas tras el telón. En el Génesis y en la parte Deuterocanónica la principal alianza es con Yahvé; en el contexto ateniense se trata de la autodeterminación constitutiva de la ciudad. En lugar de recibir una legislación de contenido codificado y definitivo, en ambas versiones podemos apreciar la negociación y la formulación de principios que quedan abiertos a una infinidad de interpretaciones. De esta manera, el acento no recae exclusivamente en el Derecho, sino más bien en sus condiciones de aceptabilidad: libertad y responsabilidad para los judíos, justicia y respeto en la *polis* griega.

Ambas versiones juegan, pues, un papel que está ligado intrínsecamente con la clara idea de institucionalizar y fundamentar una crítica subversiva en contra de los poderes establecidos —en sus porcentajes de explotación y desigualdad—. Los judíos tuvieron que soportar la esclavitud en Egipto antes de recibir las leyes del Monte Sinaí. Cruzar el Mar Rojo y, con todos sus riesgos, el desierto para poderse liberar del cautiverio y encontrar la libertad. Asimismo, tuvieron que recordar una vieja promesa que hablaba sobre la libertad y el pacto. En este sentido, no es coincidencia que la primera institución creada por Moisés en el desierto haya sido el Sabbath: un día a la semana que los libera de todas las obligaciones creadas por el día a día, constituyéndose en una fórmula para liberarse de ese "Egipto interno" que siempre los amenaza y que al final les sirve para asumir su nueva libertad. En suma, no es cuestión de experimentar una libertad plena *a priori* difícil de alcanzar (como ha sido vanamente soñada por los modernos pensadores del contrato social), sino es cuestión de atravesar un largo camino, lleno de retos y vicisitudes, que es el que lleva a la liberación. Más tarde, la historia del Becerro de Oro mostraría qué tan frágil es en realidad esta liberación.

Por este motivo, el episodio donde se dictan las leyes lo encontramos inmediatamente después. La memoria colectiva y la imaginativa popular relatan que Yahvé, el Todopoderoso, ante un pueblo tembloroso que se ubicaba al pie de la montaña y en medio de una tormenta de truenos y relámpagos, grabó los "Diez Mandamientos" en las "Tablas de la Ley". Una lectura más cuidadosa de este pasaje presenta las cosas de muy diferente manera. Primero, podemos decir que más bien se trata de las "palabras de Dios" que de "Mandatos" y, segundo, que se trata de las "Tablas de un pacto" más que de las "Tablas de la Ley" —diferencias no poco significativas.

Veamos el papel que Moisés desempeñó en estos asuntos. Moisés reclama que, lejos de ser una especie de notario o de transcriptor de las palabras divinas, es un activo negociador entre Dios y el pueblo. Moisés, después de escalar varias veces la montaña, de sufrir numerosos intentos fracasados por comunicar la Ley, y a pesar del drama de haber roto las tablas y de amenazar a Yahvé con retirarse si no mantenía su promesa de aceptar a los hombres tal y como son, desagradecidos y pecadores, siempre logra "mantener contacto". En su último encuentro dentro de la "tienda de reuniones", en un espacio intermedio entre la llanura y la montaña, finalmente se sellan los términos

del convenio con un texto pactado entre ambas partes. El resultado es un Derecho vivo que requiere de constante estudio, guardado en el Arca de los convenios y abierto a la interpretación de generaciones sucesoras. Debido a este pacto, el mismo Dios tiene la obligación de obedecer la Ley, como Moisés no deja de recordárselo cuando Yahvé, lleno de ira e indignación, amenaza con aplicar justicia sumaria.

Este pasaje es ampliamente significativo, pues muestra que lo esencial no es el Derecho (no matarás, no robarás), sino las condiciones de aceptación y de aplicación que el pueblo señala. En este caso, el pueblo, tras un largo transcurso que los liberó de la esclavitud, se enfrentó a una progresiva inflexión de libertad responsable. El hombre descubre que la libertad es buscada por todos y que es correlativa de deberes, por lo que resulta una ilusión, e incluso inhumano, entenderla de manera autárquica o solipsista.

Esta misma línea argumentativa la podemos encontrar en el *Protágoras* de PLATÓN, escrito en el año 432 a. C. PLATÓN nos cuenta que Zeus se encuentra ansioso por la supervivencia de la raza humana al ver que ésta se ha dividido por guerras interminables. Prometeo les ha regalado a los hombres los secretos del fuego y la tecnología, pero si no cuentan con vínculos civiles y el arte de la política, se seguirán viendo amenazados por disputas mortales. De tal manera, Zeus envía a un mensajero, Hermes, quien trae al mundo un nuevo regalo, «el que servirá para restablecer el orden en las ciudades». En este caso, esperaríamos que la autoridad divina les presentase a los hombres un código, una constitución o una ley, de una u otra forma un *corpus* de reglas, la "perfecta" ilustración de la ley divina que deberá establecer con certidumbre los límites de lo prohibido y lo permitido. Pero no es así, nos equivocamos, el secreto del "vínculo civil" pretende ser un regalo aún más preciado: *aidos* y *diké,* respeto y justicia. Justicia en el compartir y respeto a la esencia que encontramos en todos los hombres. Siendo la única posibilidad para el Derecho el tomarlos como sus cimientos trascendentales y como una condición necesaria para tender hacia una civilidad que fomente su aceptación. Aunque con una consideración adicional que vale su peso en sabiduría: Hermes le pregunta a Zeus si es que *aidos* y *diké* serán distribuidos sólo entre algunos especialistas de la misma forma como se hizo con el talento artístico y tecnológico, a lo que Zeus responde magníficamente que «Han de ser repartidos entre todos los hombres, dado que las ciudades no podrán existir sin que todos formen parte de ellas». Por lo tanto, las cuestiones del Derecho y la justicia son privilegio público y no sólo de algunos especialistas. Asimismo, forman parte de un constante aprendizaje y de una deliberación que no tiene ni términos ni modelos preestablecidos, representan los reclamos de una *paideia* democrática, el objetivo de una "procedimentalización", como diríamos hoy en día siguiendo a HABERMAS. Pero esta deliberación no es únicamente formal, sino llena de contenido, pues se encuentra orientada nada menos que por *aidos* y *diké:* justicia y respeto a la humanidad por parte de los seres humanos.

Se pueden extraer aún muchos otros puntos de estos textos; sin embargo, aquí me limitaré a uno que considero esencial: si el Derecho no se basa en el ejercicio de una libertad responsable, entonces, sólo es una brutal opresión o una necesidad banal.

La venganza es otra cuestión que nos ofrece un amplio espectro para investigar las relaciones entre Derecho y literatura. Específicamente, la venganza se trata del paso que hay entre la revancha y una justicia pública, es decir, con la presencia de un tercero imparcial y con la mediación del Derecho. La pieza clave de mi análisis será la

Oresteia de ESQUILO, ya que es la única trilogía sobre este tema de la que tenemos conocimiento.

ESQUILO describe en tres obras, por un lado, las aporías de la tradicional *lex talionis* —ojo por ojo—, donde el derramamiento de sangre es el llamado a la venganza de generación en generación (primero de Ifigenia luego de Agamenón y, finalmente, de Clitemnestra) y, por el otro, la institución ateniense de un tribunal humano, el que finalmente termina acusando a Orestes de matricidio, mostrándonos un ciclo virtualmente infinito de represalias.

Dado que este texto fue escrito en la época en que se fundaron las instituciones judiciales en Atenas durante el siglo V a. C., puede resultar tentador ver en él una apología de la justicia institucionalizada, en contraste con un sistema de revanchas. Sin embargo, el texto rechaza una lectura unilateral. Bajo la interpretación de René GIRARD, no es más que un camino de actos incontrolables y desproporcionados que sólo llevan a una violencia interminable. A diferencia de esta reducida interpretación, el *Oresteia* nos revela que no importa qué tan violenta sea la venganza, ya que ésta puede ser tasada e institucionalizada.

En primera instancia, la venganza es tomada como el resultado de la voluntad divina; así, en la historia aparecen las aterradoras Erinias que tratan de vengar los modestos esfuerzos de justicia de Zeus. En este punto, la justicia divina y la justicia humana se identifican. Los términos "justicia" y "venganza" se utilizan indistintamente; *diké* es aplicada tanto para las reprimendas, como para la venganza y la justicia en general. De tal manera, podemos notar que mientras la venganza institucionalizada y ritualizada se encuentra inscrita en los códigos de honor de ciertos grupos (en este caso, en la clase noble de guerreros), al mismo tiempo, participa en un sistema de intercambios recíprocos que se rigen por las reglas básicas del dar y recibir, una especie de trueque que dado a los prejuicios se debe honorar so pena de perder la dignidad.

Con la aparición de las ciudades-estado y con el experimento democrático de Atenas, este sistema pronto deja de ser sostenible. Las leyes ya no se pueden entender como costumbres y códigos de honor cuasi-familiares que fueron heredados por un régimen cerrado de castas. Por el contrario, ahora se deben ver a mayor escala, bajo el entendido de que el *demos* entero está compuesto por la mezcla de distintas clases sociales y que los privilegios de ciertas castas ya no existen. Ahora, las supuestamente imparciales instituciones judiciales son las encargadas de hablar en nombre del bien común. Precisamente, ésta es la historia que se cuenta en *Las Euménides* a propósito de la institución del Areópago de Atenea.

No obstante, no fue fácil deshacerse completamente del viejo sistema. Claramente, el voto del Areópago fue lo que detuvo a las Erinias de ser quienes aplicasen justicia a Orestes. La mayoría de los jueces humanos ya habían votado a favor de su culpabilidad, como una legítima encarnación de la *lex talionis,* por lo tanto, es únicamente gracias al voto de Atenea como se logra la absolución de Orestes. Atenea al crear el Areópago fue muy cuidadosa en considerar, palabra por palabra, el discurso "político" de las Erinias, que como una muralla en contra de la violencia insistían en que los cimientos de la ciudad son el respeto a la ley y el miedo al castigo: «Ni anarquía ni despotismo».

Por lo tanto, la absolución de Orestes no es el fin de la historia. Atenea consigue disuadir a las Erinias a través de una «gentil persuasión» de descargar su furia sobre Atenas. Ante esto, ellas acceden a cambiar su papel de temerosos verdugos por el de protectoras de la ciudad (Euménides), siempre y cuando se les garantizara que se levantaría en el corazón de la ciudad un altar que los atenienses habrían de venerar. Vemos así con claridad cómo la voluntad de Atenea se entrega al corazón del Derecho moderno cuando funda estos tabúes que están representados por los demonios. Su mensaje, lejos de haberlo olvidado o reprimido, lo hemos integrado y subsumido en una perspectiva mucho más amplia, la que en determinadas circunstancias sabe ceder ante la igualdad del hombre y el perdón. El Derecho penal moderno está casi exclusivamente dedicado a la reparación del daño y a la disuasión. Sin embargo, no ha desaparecido del todo la idea del castigo como medio de retribución. El Derecho ha logrado con éxito imponer sus ficciones mediante el poder de sus acciones. El mundo artificial que ha creado ha resistido el peso del mundo real y triunfado sobre él. Tal y como afirma James BOYD WHITE, al sospechoso se le presume inocente, al culpable se le absuelve y al condenado se le otorga amnistía[3].

No veamos en este "final feliz" dejos de reproche o de ira. Jean-Pierre VERNANT ha mostrado convincentemente que la tragedia no se puede reducir, por ningún motivo, a un medio propagandístico de la ideología democrática[4]. Muy por el contrario, es la conciencia crítica que nos acompaña en la nueva y riesgosa experiencia de ver que el poder es ejercitado por el *demos.* Podemos lograrnos convencer de ello si hacemos hincapié en que únicamente fue el voto de Atenea el que logró inclinar la balanza a favor de una decisión mucho más "moderna"; también si notamos que al institucionalizar las alabanzas de las Erinias-Euménides en el corazón de la ciudad, se les impuso a los ciudadanos un ejemplo de cómo en una sociedad siempre es posible regresar a la violencia que precede a dicha institución. Es una forma de vacunar al grupo social con el antivirus de esta patología, de tal suerte que cree defensas en contra de ella.

Años más tarde, cuando Eurípides escribe sobre el juicio de Orestes, el tono cambia radicalmente. En esta ocasión, el *demos* está corrompido y es guiado erróneamente por oradores sin escrúpulos. El Derecho de la ciudad se pervierte frente al poder de los intereses privados. De este modo, Orestes y Electra son condenados y sólo logran escapar tras la intervención de Apolo, por una auténtica *deus ex machina,* que los apresura hacia Atenas donde serán juzgados por un Tribunal divino. No hay duda en que se quiere conservar la leyenda, sin embargo, el mito sólo es preservado en cuanto a su forma haciendo desaparecer todo su espíritu ya que en esta ocasión el Derecho es incapaz de limitar el poder y los intereses privados. La violencia vuelve a reinar y los juicios divinos y humanos vuelven a aparecer completamente desasociados.

La ficción literaria, en vez de mostrarnos los contornos de una institución, nos informa sobre todas las posibles deformaciones que ésta puede llegar a sufrir. Esta misma línea argumentativa encuentra uno de sus ejemplos más famosos en la tragedia de *Antígona* escrita por SÓFOCLES. Con esta obra, sin duda, estaríamos dispuestos a

---

[3] Véase BOYD WHITE, James, 1985: *The legal imagination,* Chicago: University of Chicago Press. También véase del mismo autor, 2000: *From Expectation to Experience,* Ann Arbor: University of Michigan Press.

[4] Véase VERNANT, Jean-Pierre, 1972: «Le moment historique de la tragédie en Grèce», en *Mythe et Tragédie en Grèce ancienne,* VERNANT, J.-P., y VIDAL-NAQUET, P., Paris: Maspero, p. 15.

creer que la tragedia griega opera como una *paideia* (aprendizaje) política que celebra que en la ciudad nazcan "nuevas" instituciones y procedimientos que ayudarán a dejar atrás las viejas leyes de la aristocracia griega. Pero, en realidad, en este trabajo no encontramos rasgos de propaganda ateniense y, mucho menos, de halagos a favor del nuevo régimen. Por el contrario, frente al nuevo poder encarnado por Creonte es fácil simpatizar con la conciencia problemática de Antígona. Es ella quien le recuerda a Creonte que el Rey no tiene permiso de hacer lo que le venga en gana, que el dominio familiar y el destino de los muertos quedan fuera de su competencia. Con esta situación se pretende que el *nomos* político ceda ante la *nomina* que tiene origen divino (vieja ley de tiempos inmemoriales). Sin embargo, como el coro le recuerda a Antígona, ella «únicamente busca consejo en sí misma» encerrándose en una soledad que le priva del acceso a una discusión pública. Dedicada exclusivamente al amor por ella misma y por los de su misma sangre *(philoi),* restringe posibilidad a la alteridad de *eros* y morirá sola y sin éxito. Ciertamente, esta actitud hace que su postura no sea completamente convincente. Se puede pensar que Antígona y Creonte representan cada uno una mitad del mundo, pero únicamente una: lo privado *vs.* lo público, los muertos *vs.* los vivos, el derecho natural *vs.* el derecho institucionalizado, la ética de la convicción *vs.* la ética de la responsabilidad.

Ahora bien, no hay duda de si están equitativamente distribuidos el bien y el mal en esta batalla del *nomoi,* de si la legitimidad no está enteramente situada en un solo lado, o de si no es fácil decidir *a priori* si debemos o no obedecer las órdenes de Creonte, porque SÓFOCLES en este trabajo se mueve alrededor de la cuestión de lo justo. Esto es porque posiblemente en una ciudad buena dichas cuestiones están menos relacionadas con el contenido de la ley que con el problema de definir lo justo en general, o de revisar, si es necesario, lo que entendemos por justo en cada caso particular. Como diríamos hoy en día, si una decisión en abstracto se considera en principio justa, pero después, en un caso particular, o con el paso del tiempo, se le considera injusta es porque su aplicación requiere ser "procedimentalizada", es decir, hay que regresarla a la pizarra, revisarla y examinarla.

De aquí se sigue que en una ciudad justa la verdadera naturaleza del Derecho es que esté abierto a la discusión, a la revisión y a la ponderación. Asimismo, como vanidosamente Hemon quiso hacerle entender a su padre, la verdadera falta política de la democracia es el rechazo del diálogo, el empecinamiento de insistir en una decisión que ha sido, una y otra vez, rechazada. De esta manera, me parece que quizá es Hemon quien mejor ha representado la perspectiva de SÓFOCLES cuando afirma que «en realidad no se trata de que una persona tenga el dominio privado», sino «que no hay ciudad que pertenezca a una sola persona».

Con el renacimiento y la edad moderna el centro de gravedad del Derecho giró hacia el individuo y hacia sus derechos "subjetivos", siendo la propiedad privada el caso arquetípico. Este modelo triunfaría en el concepto de Derecho liberal de corte angloamericano, donde la función de la colectividad es la de proteger los derechos que los individuos han heredado directamente de su naturaleza. A partir de entonces, la soberanía ya no recae en el Estado sino en el individuo; LEGENDRE habla de las instituciones individuales como una multitud de «mini-Estados».

Bajo este tenor, *Robinson Crusoe,* escrito por Daniel Defoe en 1719, es un libro fundacional en esta revolución de la autodeterminación y la autosuficiencia del hombre.

ROUSSEAU consideraba este libro como esencial (tanto que, por algún tiempo, lo hizo lectura obligatoria de su Emilio), que al lado de Fausto y de Don Juan era uno de los raros modernos mitos de Occidente. A la guisa de una aventura tropical escrita en el crudo estilo de la bitácora de un marino inglés, esta historia nos cuenta cómo un hombre reconstruye progresivamente su identidad al reapropiarse de su ambiente (la isla es cultivada, los animales domesticados), con dominio de su situación construye una sociedad embrionaria basada únicamente en principios individualistas. Esta experiencia al borde de la supervivencia hace un recuento de cómo la soberanía individual —con radical solipsismo— se reapropia del mundo. De esta manera se presenta ante el mundo, como acto de la providencia, un modelo de libertad y de propiedad universal, una especie de re-cimentación del mundo basada en el individuo; visto como propietario y libre empresario.

Así, el viejo lema de los reyes ingleses: *"Dieu et mon droit",* recibe un nuevo significado y se universaliza. A partir de ahora, confiando plenamente en la providencia *("In God we Trust"),* cada individuo será el rey de sus dominios, dominios que *a priori* no tienen límites.

No obstante, Robinson Crusoe no es una simple historia de aventuras. Manteniendo la definición de LÉVI-STRAUSS se eleva a nivel de mito al aparecer como «una explicación de los orígenes (¿qué puede ser más originario que una isla?) que provee de una respuesta narrativa a una de las contradicciones ideológicas que recorren la sociedad desde sus inicios». A esta contradicción ideológica de la Inglaterra de Cromwell la llamaré «el dilema del puritano»; el quid de esta cuestión es cómo ser rico y virtuoso al mismo tiempo. De tal manera, el puritano Robinson prueba, suficientemente, su virtud con el ascético trabajo que lleva a cabo durante 28 años en la isla y, una vez que regresa al continente, se vuelve millonario gracias a sus plantíos cultivados en Brasil antes del naufragio. Así, logra algo que para los protestantes luteranos parecía tan difícil de conseguir. De este modo, la historia se puede catalogar como un éxito brillante tanto para el emblema del triunfo individual (aquel del hombre autodeterminado que sirve de modelo para innumerables generaciones de adolescentes) como para confirmar la doctrina de la predestinación del hombre, la que ve como signo irrefutable de elección divina el éxito en los negocios. A partir de aquí, en vez de existir una contradicción entre virtud y prosperidad, podemos decir que ambos están implicados. De la misma forma lo ha mostrado Max WEBER en su *The Protestant Ethics and the Spirit of Capitalism.*

Aun así, es difícil eludir la sensación de que esta "exitosa obra" abriga un cierto número de ficciones. Los elementos para deconstruir el mito los encontramos dentro de sí mismo. En primer lugar, hay una ficción desde el inicio: Robinson, lejos de construir en una isla desierta y virgen una pequeña Inglaterra, *tabula rasa,* en realidad, rescata del naufragio todo aquello que lo conecta con la civilización. Asimismo, contribuyen en algo los 30 años previos de su educación continental. Otra ficción la encontramos en el dominio: en términos jurídicos (a partir de la subjetividad jurídica relacionada con el dominio y la propiedad) el poder que Robinson ejerce sobre la isla y sobre los "sujetos" que en ella se encuentran es reducido y parcial, también falla en darse cuenta de la ferocidad de la isla, así como de la alteridad de Viernes y de los misterios de su propio cuerpo. Por último, nos encontramos con la ficción de la supuesta "solución" del dilema del puritano, si Robinson, en realidad, prueba que es posible

ser rico y virtuoso al mismo tiempo, le cuesta una obvia y completamente falsa separación de ambas esferas: el imaginado escenario donde el ermitaño logra su salvación a través del trabajo y el escenario real del comercio internacional donde las ganancias de sus plantíos se fueron acumulando gracias, fundamentalmente, al trabajo de los esclavos negros que él mismo habría llevado.

Hay que tener en cuenta, al mismo tiempo, que la legitimación de la propiedad privada de John LOCKE, quien era un puritano inglés contemporáneo de DEFOE, revela una hazaña comparable a la de una prestidigitación ideológica: la propiedad privada, mientras no se desperdicie y pueda ser medida por el producto del trabajo personal, está justificada por el Derecho natural. A esta demostración subyace una concepción (que ha sido aceptada con entusiasmo) sobre el mercado y la economía monetaria, que ignora todas estas reservas y que autoriza la acumulación ilimitada del capital, así como la explotación del trabajo de otros.

Pero en la naturaleza del mito está la capacidad de sugerir varias versiones. Si en los siglos XVIII y XIX Robinson Crusoe estaba en su apogeo (en muchos aspectos Robinson era considerado el arquetipo del éxito occidental), durante el siglo XX no; por el contrario, este siglo se considera como el destructor de mitos. Es de esperar que a partir de entonces los dos valores más representativos de este mito acaben por disolverse: la ilimitada confianza en la Providencia y la inocencia de creer haber conquistado la apropiación. Así pues, nos encontramos con versiones de un Robinson desilusionado (Saint-John Perse), desempleado y flojo (Valéry), frívolo (Giraudoux), salvaje y adusto (Coetzee), deshumanizado (Tournier), violento y regresivo (Golding).

La imagen del ermitaño exitoso que había sido reflejada durante el siglo pasado se hace borrosa comenzando a refutarse su buena voluntad. Al punto de que deja de ser legítima la apropiación del mundo por parte del Derecho. Las sociedades occidentales se sumergen en un remordimiento antropológico que las lleva a redescubrir la armonía natural y a formular distintas versiones sobre el origen social. Un notable ejemplo de esta versión del origen social basada en el crimen y en el miedo es *El señor de las moscas* de William Golding. En esta ocasión podemos apreciar de nuevo cómo en la literatura un mito fundacional, como en el caso *Robinson Crusoe* (la base del moderno individualismo posesivo de las sociedades occidentales), no está demasiado lejos de la más radical deconstrucción.

Giremos ahora nuestras reflexiones y regresemos a la violencia originaria del Monte Sinaí y de las tragedias griegas donde ésta se entendía como el medio para lograr su libertad. Pero ahora volteando a ver al autor más emblemático del siglo XX. Franz Kafka era un judío checo que escribía en alemán durante la década de los veinte, abogado practicante obsesionado con la Ley (o el Derecho; no sé cuál de estas dos perspectivas sea la más apropiada).

Su enigmático trabajo, que conocemos por sus escritos públicos (los que él hubiese querido destruir) y sus escritos privados o semi-privados (como *Carta a su padre*), denuncia el espectáculo de pervertir la justicia y muestra, experimentalmente, una imagen socavada de las instituciones judiciales. Todos recordamos a sus distraídos o perversos legisladores, sus jueces arbitrarios, sus abogados idiotas o sus verdugos quisquillosos. Pero ¿qué hay detrás de esta monstruosa representación del ámbito jurídico?

Tenemos la sensación de que Kafka no se sitúa en la tradicional línea crítica de la justicia que va de Aristófanes a Dickens, de La Fontaine a Anatole France, sino que con sus escritos él crea otros abismos más profundos. Para Kafka, las "disfuncionalidades" de la justicia no son más que meros síntomas. Pero ¿síntomas de qué exactamente? Algunos de sus críticos, tales como Max Blod[5] o Alexandre Viallatte[6], ven en Kafka una especie de santo incitado por un ideal de justicia que es inaccesible, el que sólo se puede obtener mediante la intervención de un tribunal divino (así, el 20 de diciembre de 1910 en su *Diario* escribía: «¡Invisible tribunal, si tan sólo tú pudieses venir!»). Otros sostienen una explicación biográfica, como Elias CANETTI[7], quien interpreta *El proceso* como una traducción literal de las acusaciones dirigidas a KAFKA cuando su boda fue dramáticamente cancelada. Deleuze y Guattari rechazan que la explicación se deba a cargos de conciencia, y leen su trabajo como el de un impertinente, de espíritu perverso, que busca escapar de las restricciones de la Ley, especialmente de la autoridad paterna, a través de sus vastos y reconstructivos trabajos[8].

Numerosos críticos, entre ellos Hannah ARENDT, han visto en Kafka una profética anticipación del mundo totalitarista (negro y rojo) que se desataría en el centro de Europa, especialmente, dentro de las comunidades judías a las que Kafka pertenecía[9].

Cada una de estas interpretaciones tienen algún grado de verdad, sin embargo, ninguna de ellas agota el completo significado de este enigmático trabajo. Me gustaría proponer una lectura de Kafka en términos del fracaso de la simbólica estructuración de la intersubjetividad y su correlativa regresión a la arcaica Ley de la necesidad. Explorarlo de esta manera nos lleva al diálogo que hay entre el Derecho y la literatura.

En este sentido, tomemos en consideración las enseñanzas de Paul RICOEUR, quien nos recuerda que acceder al universo de las leyes (morales y jurídicas) presupone internalizar una relación simbólica que está representada por el uso de los pronombres personales: donde el "yo" se traduce en la presunción de la autonomía del sujeto que habla en primera persona, el "tú" se traduce en el reconocimiento de otros y el "él" que representa una tercera persona. Así, podemos afirmar que la obra de Kafka, especialmente *El proceso,* se traduce en el colapso de esta constitución simbólica de la sociedad y, especialmente, en la imposibilidad de que un tercero (el Derecho, el juez) pueda intervenir como mediador, al triangular las otras dos partes e inscribir su relación inter-individual en una universalidad mucho más amplia.

Una primera etapa de este proceso es el colapso del pronombre "él"; esta etapa es el tema kafkiano por excelencia, la inaccesibilidad de los jueces y la ininteligibilidad del Derecho. Cada vez que crees haberlos encontrado, desaparecen. Y lo único que queda del Derecho es el eco de viejas leyendas y supersticiones. En el juicio de Joseph K., a pesar de todos sus esfuerzos él nunca llega a conocer a sus jueces. Y como

---

[5] Véase BLOD, Max, 1991: *Franz Kafka. Souvenirs et documents,* trad. ZYLBERBERG, H., Paris: Gallimard, Folio, p. 75.

[6] Véase VIALATTE, Alexadre, 2001: *Mon Kafka,* Paris: Les Belles Lettres (Folio), p. 81.

[7] Véase CANETTI, Elias, 1972: *L'autre procès. Lettres de Kafka à Félice,* Paris: Gallimard.

[8] Véase DELEUZE, Gilles, y GUATTARI, Félix, 1986: *Kafka: Toward a Minor Literature,* trad. POLAN, Dana, Minneapolis: University of Minnesota Press.

[9] Véase ARENDT, Hannah, 2001: «Franz Kafka», en *La tradition cachée,* Paris: Christian Bourgeois, 10/18, p. 81.

"hombre de campo" hubiese esperado toda su vida para obtener el permiso de cruzar las puertas de la Ley.

La segunda etapa en la deconstrucción de este universo simbólico está marcada por la degeneración del "tú"; por la corrupción de la figura de la autoridad. Desde el modelo de su propio padre, a quien en las *Cartas a su padre* Kafka describe como un tirano doméstico, hasta las figuras de autoridad representadas en su trabajo que nunca logran transmitir la Ley. De ahí la proliferación de oficiales arbitrarios y crueles *(In the Penal Colony),* de servidores públicos abusivos y quisquillosos *(The Castle),* de jueces corruptos *(Le substitut),* de legisladores déspotas *(La Requête, Au sujet des lois).* Un universo donde al lado de inmerecidos privilegios existen castigos injustos que hacen de la justicia una alegoría que evoca la imagen de la Diana cazadora *(El proceso).* Es una justicia perversa y corrupta, incapaz de asumir la Ley, que extrañamente se encuentra muy cercana a sus víctimas: los acusados.

Por último, la tercera etapa, el derrumbe del "yo", representa el colapso de la institución que simboliza la sociabilidad. Tras una devoradora culpabilidad y ante la ausencia de la Ley y el fracaso de los jueces por expresarla [«el tribunal no requiere nada de ti. Te toma cuando llegas y te desecha cuando te vas» *(El proceso)*], parece como si el "yo/ser" tuviese que auto-sustituirse. De esta manera Gnawed se desgarra entre protestas y reclamos de inocencia («diabólica en toda su inocencia»), Joseph K. (que es el símbolo del héroe kafkiano y una represtación explícita de él mismo) vive una lenta metamorfosis (otro tema kafkiano por excelencia) que va de la inocencia a la culpabilidad. Siendo este cambio el objeto principal que prolifera en toda su obra; el cuerpo representado por K. sufre transformaciones de toda clase, a veces en animales y, raras veces, en cosas, y presenta los juicios de los tribunales en procesos cuasinaturales.

Esta última característica es esencial y nos conduce a una eventual regresión. El colapso del sistema de símbolos que constituye nuestro mundo no nos lleva a anomalías o a la anarquía, sino a la premonición de un Derecho que es más restrictivo y mucho más aterrador que ningún otro que el mundo moderno haya nunca conocido, difícil de poder describir con palabras. Lo que esta premonición revela es la arcaica "Ley de la necesidad", la que únicamente puede entenderse a través de los infortunios de aquellos que, sin darse cuenta, la transgreden. Así, Kafka nos relaciona con un viejo mundo contaminado de impurezas y decadencia, que aparece como una fuerza maligna de la naturaleza. Este mundo, indiferente a la bondad o a la maldad de las intenciones de los sujetos, es el de una "justicia inmanente", en el que sus proclamaciones son tan inexplicables como implacables, del que resulta, como se describe en la oración inicial de *El proceso,* que un buen día te encuentras arrestado sin saber por qué.

Entre una justicia ideal, en la que sin duda se inspira, y esta justicia inmanente, por la que nunca deja de sentirse aterrado, Kafka construye una inmensa y enigmática obra que nunca deja de fascinarnos. Sólo la *Oresteia* de Esquilo se acerca un poco al abismo que subyace al trabajo sobre la justicia.

* * *

Conforme nos vamos acercando al final de este paseo por el mundo de las letras, me doy cuenta de que ni una vida entera sería suficiente para poder circunscribir todo

este tema. Al menos pudimos haber considerado también a Fausto, que vendió su alma al diablo y en vano trató de romper aquel terrible pacto. O Antonio, el glorioso "Mercader de Venecia", quien por poco no escapa de ese nefasto acuerdo y tiene que pagar una onza de su propia carne. Tuvimos que haber seguido las revueltas y los juicios de Michaël KOLHASS, la indomable rebeldía para exigir justicia de Heinrich Von Kleist. Tuvimos que haber recordado *La guerre de Troie n'aura pas lieu* de Jean Giraudoux y las lamentables contorsiones del abogado de Hector, Bursis, quien después de claudicar tuvo éxito en hacer del Derecho «la escuela más poderosa de la imaginación».

Pero para aprehender el milagroso encuentro entre el Derecho y la literatura no es necesario citar a los clásicos. Este milagro también se puede encontrar en trabajos más modestos, como los cuentos. Con uno de ellos quisiera concluir. Se titula *Le douzième chameau: histoire arabe*[10]. Un padre, al morir, deja once camellos a sus tres hijos para que fueran divididos de la siguiente manera: la mitad para el mayor, un cuarto para el segundo hijo y un sexto para el tercero de ellos. Inmediatamente esta división aparenta ser imposible. Enojados y al borde de la violencia, los tres hermanos se apresuraron a que un juez decidiera por ellos. Este *cadi,* que tuvo que haber sido una persona muy brillante, así como un buen matemático, al ver el problema del que se trataba, decide agregar uno de sus camellos a la división, con la condición de que le sea devuelto tan pronto ésta sea resuelta. Hecha la división con los doce camellos, el mayor de los hermanos se retira con seis, el segundo recibe tres y el más joven recibe dos. Cada uno de ellos queda satisfecho y le es devuelto su camello al juez.

Si matemáticamente este problema puede ser sencillamente explicado, filosóficamente la explicación no es tan sencilla. ¿En qué consiste exactamente el duodécimo camello? Por supuesto, se trata de una ficción; uno actúa "como si" en realidad hubiera doce camellos para ser divididos en lugar de once. Pero ¿qué es lo que este simbolismo oculta? ¿Qué expresa este juez al "añadir algo de su propiedad"? ¿Qué hay detrás de este complemento que reanima una negociación baldada? Se podría decir que se trata de la mediación judicial: del arsenal de procedimientos, del artificio conceptual, del montaje de reglas y principios, de todo el andamiaje convencional para resolver litigios. Sin duda. Pero ¿hay algo más? Debemos tener mucho cuidado de no cerrar la pregunta con una respuesta apresurada; debemos permitirle al enigma literario que haga que esta pregunta vibre hasta donde sea posible.

En conclusión, quisiera de nuevo subrayar que debemos hacerle justicia a la dimensión literaria que se merecen los trabajos en cuestión, mucho más allá de lo que se ha hecho en esta tentativa de análisis. Los textos nunca deben ser reducidos al estatus secundario de embellecimiento de una tesis o a la excusa humanística de la demostración. Así, tan pronto encaminemos la lectura de un texto tendremos que re-abrir asiduamente el juego de la interpretación.

Por ejemplo, al margen de las tragedias escritas por Kafka, deberíamos haber recordado algunas de sus grotescas páginas que son las que acentúan la belleza enigmática de su obra. Siguiendo la misma línea de interpretación sugerida por Lacan, deberíamos haber liberado a Antígona de la hagiografía en la que se encuentra encerrada —sus

---

[10] 2004: «Le douzième chameau, ou l'économie de la justice», en *Liber amicorum Guy Horsmans* (en honor a Guy Horsmans), Brussels: Bruylant, pp. 843-867.

mortales e incestuosas inclinaciones por su amor de hermana—. Deberíamos haber leído entre las edificantes líneas de DEFOE para discernir los indicios de la auto-irrisión de Robinson, que son en realidad lo que le salvan de reducirse a una apología del trabajo ascético.

El filósofo del Derecho que se aventura en las costas de la literatura es una especie de Colón, que al asentar pie en el nuevo mundo ignora la exacta naturaleza de su descubrimiento. ¿Es acaso una isla o un continente? Serán muchos más los descubrimientos que lo estarán esperando y, con toda seguridad, se verá obligado a modificar los mapas que presuntamente ya había delineado. Así, podemos partir hacia la búsqueda de los fundamentos del Derecho, pero si encontramos algunos de ellos por el lado del Derecho, del juez y de la conciencia, no habremos fallado en encontrar los abismos que se abren bajo nuestros pies, reabriendo las preguntas sobre estos fundamentos por lo que respecta al crimen, las ficciones, a la violencia y a una muy arcaica Ley de la necesidad. Lo que aquí se sugiere es una historia muy distinta (la que describe una parte escondida del Derecho y de las instituciones), una dimensión sin duda reprimida, pero siempre lista para romper la delgada capa que cubre a la civilización[11].

PLATÓN, el filósofo de la ciudad ideal, desterró a poetas y escritores de tragedias, peligrosos rivales del arte de la simulación. Mi deseo es que en la ciudad real éstos sean escuchados con atención por princesas y legisladores. Al menos, de vez en cuando.

(Trad. de René González de la Vega)

[11] Véase mi *Sade et la loi,* Paris: Odile Jacobe, 2005.

LA PALABRA PERSUASIVA. CENTROS DE INTERÉS DE LA *RETÓRICA* DE ARISTÓTELES

Quintín Racionero

RESUMEN. El autor hace un balance de las novedades incorporadas, en el ámbito de las investigaciones aristotélicas, por su traducción al español de la *Retórica* de ARISTÓTELES. Para el autor, la suya no fue sólo una traducción sino, sobre todo, un comentario sistemático que intenta en primer lugar en la Introducción del libro evaluar el estado de la investigación contemporánea en torno a la *Retórica,* proponiendo una interpretación sintética de alcance general; y en segundo lugar, en las notas a pie de página, 1.580 notas, para decirlo con exactitud, fijar y discutir puntualmente los problemas de crítica textual, análisis histórico y examen filosófico que el texto de ARISTÓTELES plantea y para los que aquella investigación contemporánea ofrece nuevas perspectivas y enfoques. En armonía con aquello, el autor efectúa el balance objeto de este artículo en tres bloques: el de la crítica textual, el del análisis histórico y del examen filosófico.

Palabras clave: Aristóteles, retórica, dialéctica.

ABSTRACT. The author takes stock of the latest contributions, in the scope of research into ARISTOTLE, resulting from his translation into Spanish of "Rhetoric". In the author's opinion, his work is not only a translation but, above all, a systematic commentary which firstly –in the introduction to the book- seeks to assess the situation of contemporary research into "Rhetoric", putting forward a synthetic interpretation of general scope and secondly– in the footnotes: 1.580 footnotes, to be precise- seeks to establish and discuss in a accurate way the problems associated to the textual critique, the historical analysis and the philosophical examination which ARISTOTLE'S text raises and for which this contemporary research offers new perspectives and approaches. In the same way, the author's approach is carried out in three sections: textual critique, historical analysis and philosophical examination.

Keywords: Arstoteles, rethoric, dialectic.

I

Quisiera, ante todo, agradecer muy vivamente al Departamento de Filosofía del Derecho y a su director, don Manuel ATIENZA, esta invitación a participar en un curso de postgrado, cuyo título, «Clásicos de la Argumentación», así como el de la misma ponencia que se me pide que desarrolle, «La Retórica de Aristóteles», parece que me obligan a hacer balance de los resultados que obtuve, hace ya más de una década, con motivo de mi publicación de una nueva traducción al español de la *Retórica* de ARISTÓTELES. Esta traducción incorporó en su día, y creo que aún sigue incorporando, algunas novedades en el ámbito de las investigaciones aristotélicas, que han sido objeto de atención —a veces elogiosa, a veces críticamente— de bastantes estudiosos. Pues bien, es a esas novedades (a su análisis, pero, sobre todo, al sometimiento al juicio crítico de los componentes de este Seminario) a lo que me propongo dedicar esta exposición.

Por razones que fundamentalmente se refieren al fenómeno, ya superado ahora, pero constatable hasta hace bien poco, del descrédito de la retórica, entendida como técnica de la argumentación y como preceptiva de los discursos, lo cierto es que la obra de ARISTÓTELES que lleva este nombre es la única de las que componen el *Corpus* que no había vuelto a ser comentada íntegramente en el curso de este siglo. Si se exceptúa el trabajo de W. H. GRIMALDI *Aristotle's Rhetoric. A Comentary,* que, por el fallecimiento de su autor, sólo alcanza a los libros I y II, los últimos comentarios disponibles y también los únicos hechos con criterios científicos eran, efectivamente, el de L. SPENGEL, que acompañaba a su edición de 1867; y el muy meritorio de E. M. COPE, que, a la muerte de éste, completó y editó J. E. SANDYS en 1877. Esto quiere decir que la *Retórica* no se había beneficiado todavía o, al menos, no más que parcialmente, de una revisión exhaustiva que incorporase, para la totalidad del texto, la investigación aristotélica de los últimos cien años. Y si se considera, como todos saben, que ha sido precisamente este tiempo el que ha conocido la más ingente y decidida renovación de los estudios sobre ARISTÓTELES, y ello además en una forma que ha tenido como objetivo su desvinculación de las tradiciones interpretativas escolásticas y su plena restauración histórica, se comprende entonces que tal carencia constituyese una enorme laguna, sobre la que mi trabajo ha pretendido, si no otra cosa, al menos echar las bases de un futuro puente.

Y en efecto: mi trabajo no es sólo, o no tanto, una traducción, por más que yo haya asumido esta tarea en la forma instrumental, para lectores de habla española, más decorosa que me ha sido posible; mi trabajo es, sobre todo, un comentario sistemático que intenta, en primer lugar, en la Introducción del libro hacer balance del estado de la investigación contemporánea en torno a la *Retórica,* proponiendo una interpretación sintética de alcance general; y en segundo lugar, en las notas a pie de página: 1.580 notas, para decirlo con exactitud, fijar y discutir puntualmente los problemas de crítica textual, análisis histórico y examen filosófico que el texto de ARISTÓTELES plantea y para los que aquella investigación contemporánea ofrece nuevas perspectivas y enfoques.

II

Por lo que atañe a los problemas de crítica textual, primeros a los que querría referirme, poco es, desde luego, lo que me ha cabido añadir a la breve, pero monu-

mental obra de R. KASSEL, 1971: *Der Text der aristotelischen Rhetorik,* Berlín-Nueva York, que ha estudiado con particular minucia los códices griegos conocidos, así como los escolios y las traducciones latinas de la *Retórica,* de un modo que supera ampliamente las conclusiones muy acreditadas y seguidas casi sin discusión por los editores posteriores, pero en realidad muy inseguras y sostenidas sobre un material muy escaso del estudio de ROEMER, «Zur Kritik der Rhetorik des Aristoteles», publicado en 1884 y base de su edición teubneriana de 1898. Cierto es que KASSEL no ha podido atender con igual pericia, por no ser de su competencia profesional, el estudio de las traducciones árabes, sobre las que yo tampoco podría pronunciarme y sobre las que sólo cabe decir que esperan a un paciente arabista que pueda analizarlas. Cierto es también que sus criterios metodológicos se han mantenido en la esfera, a mi juicio demasiado conservadora, de la filiación de los "errores" de los códices, lo que sólo puede sostenerse sobre la base de una confianza en la posibilidad de reconstruir un arquetipo único de la *Retórica,* que la propia fragmentación de la tradición manuscrita hace discutible a cada paso. La consecuencia de ello es que su nueva edición de la *Retórica,* publicada en 1976, no ha logrado, a lo que yo juzgo, sacar todo el partido que sus investigaciones textuales hacían esperar. Pero si con esto quiero decir que mi trabajo no siempre ha estado de acuerdo con algunas de las hipótesis críticas ni, desde luego, con todas las lecturas particulares fijadas por KASSEL, en cambio, por lo que se refiere a la historia de la transmisión y a la génesis de los diversos códices, me parece que el *stemma* obtenido por él tiene visos de ser definitivo, al menos si nuevos descubrimientos textuales, hoy improbables, no proporcionan elementos distintos a los de la tradición manuscrita que conocemos.

El *stemma* de KASSEL se apoya sobre la base de una reconstrucción de las diversas procedencias de los códices *deteriores,* que ROEMER había utilizado en bloque, suponiéndolos una familia única de manuscritos (*) dependientes de un original griego (**(**), del que también dependerían, en rama separada, las traducciones latinas. De seguirse esta opinión de ROEMER, todas las heterogeneidades de los *deteriores* deberían interpretarse entonces como errores de copia, errores que habrían ido reproduciendo e incrementando los sucesivos copistas con el paso del tiempo. Consecuentemente, el criterio de buen códice debía recaer en exclusividad, de una parte, sobre el que BEKKER puso bajo la sigla **A`,** el n.º 1.741 de la Biblioteca de París, de la segunda mitad del siglo X, que es el más antiguo de los que conservamos; y, de otra parte, sobre el texto conjeturable de ese original griego (al que, según sus conclusiones, seguían conjuntamente los *deteriores* y las traducciones latinas. Y como el códice A` presenta muchas enmiendas así interlineales como marginales y a veces de la misma mano, a veces de mano distinta, que hasta cierto punto pueden ponerse en relación con ese texto conjetural al que acabo de referirme, de ambas fuentes ROEMER creyó que se podía reconstruir un texto común (∃) que, a su juicio, debía considerarse como copia de un arquetipo único (∀).

El estudio de KASSEL demuestra que estas hipótesis de ROEMER eran excesivamente simplistas e imposibles de sostener. El códice parisino A` comporta ciertamente una rama de la tradición manuscrita y debemos suponerlo copia de un original griego único, que sería el que ROEMER identifica con el arquetipo ∀. En cambio, en primer lugar, las enmiendas de A` no pueden explicarse por correcciones de lecturas posteriores, sino que proceden de la consideración de un segundo manuscrito, que KASSEL

coloca bajo la sigla **)** y que también debe ser copia de un original griego distinto del anterior, al que habría que identificar, con carácter autónomo, con el llamado ∃ por ROEMER. Tenemos así que la tradición manuscrita de la *Retórica* no puede reducirse a una fuente o a un arquetipo único, sino que remite, al menos, a dos originales griegos diferentes. Pero además, en segundo lugar, las traducciones latinas tampoco pueden relacionarse sin más con el conjunto de los *deteriores,* sino que forman una familia aparte, procedente de un tercer original griego (el que hemos referido como **(**) que mezcla los dos anteriores: de las páginas 1354a a 1369a y de 1386b hasta el fin, tal original sigue de cerca a ∀; y de 1369b a 1386a se inspira en ∃. Esto permite comprender las afinidades, notadas por ROEMER, entre el texto conjeturable de las traducciones latinas y la copia corregida del códice A`, sin necesidad de suponer a aquéllas como dependientes de éste; y, por otra parte, la factura de tal texto conjeturable, así descrito, es la que parece desprenderse de las citas de Dionisio de Halicarnaso y la que se puede reconocer en el cód. *Marcianus,* 214, del siglo XIII, que fue estudiado por HORNA bajo la sigla H y cuya importancia queda de este modo verificada.

La importancia de estos datos, que complican el *stemma* de ROEMER y que (a pesar de la confianza mantenida por el propio KASSEL) convierten en muy improbable cualquier pretensión filológica de llegar a un arquetipo único, no se ciñe, de todos modos, a fijar con más rigor la historia de la recepción manuscrita de la *Retórica.* Tal importancia estriba más bien en que hace posible una discriminación detallada de la diferente génesis de los llamados *deteriores,* acreditando su distinto valor y potenciando consecuentemente algunas de sus lecturas. De la versión corregida de **A`** depende sin duda el cód. de Dresde DA 4, de la primera mitad del siglo XV, que sirve de matriz a otros varios, únicos para los que aún es válida la hipótesis de ROEMER sobre el origen común de los *deteriores* a partir de un presunto manuscrito **(.** En cambio, los dos códices iluminados de TÜBINGEN (Tu I y II), así como los *Laurent,* 60.10 (La) y *Laurent. Convent,* 47 (Co) y el propio *Monac.,* 313, estudiado por ROEMER, nos permiten reconstruir el texto conjetural del códice identificado por KASSEL como **)** y al que, según he dicho, debemos suponer copia de ∃. Por su parte, este original griego (∃) nos lo podemos representar hoy con la mayor certeza a partir del manuscrito *Cantabrigensis,* 1298, de los siglos XII-XIII, que KASSEL ha puesto bajo la sigla **F** y que, por esta razón, debe considerarse un texto digno del mismo crédito que **A`** y copia, como éste, de un original griego antiguo.

El cód. *Cantabrigensis* tiene una descendencia particularmente rica: de él depende, en efecto, de una parte, la familia de manuscritos que se relacionan con el *Vaticanus Palatinus,* 23, de la segunda mitad del siglo XIII, manuscrito éste bien conocido y estudiado desde BEKKER, que lo puso bajo la sigla **Z** y cuyas variantes deben ser atendidas, por tanto, con el interés que merecen; y, de otra parte, en rama separada, la familia en este caso enorme de manuscritos que derivan de la versión corregida del *Cantabrigensis,* que KASSEL llama **F²** y cuyas enmiendas, aunque sin justificaciones explícitas, supone también muy antiguas. Sería inútil, naturalmente, que yo intentase recomponer aquí, siquiera fuese en síntesis, las ramas, líneas de filiación y manuscritos concretos que pertenecen o se hallan vinculados con esta familia de códices. En cambio, sí querría dedicar unos muy breves comentarios al más importante de ellos, que había sido desatendido hasta el profundo análisis de KASSEL y cuya colación sistemática constituye seguramente el único punto de crítica textual que yo me atreve-

ría a destacar en mi edición de la *Retórica.* Me refiero al cód. *Matritensis,* 4684, de principios del siglo XIV, que se conserva en la Biblioteca Nacional de España.

La atención a este códice se halla, desde luego, llena de consecuencias. Ante todo, según ha mostrado KASSEL, por la propia riqueza de sus derivaciones. El texto y los *excerpta* de este códice *Matritensis* dan vida, en efecto, a la mayor familia de manuscritos conocidos: el *Vatic.,* 265, que debe ponerse en relación con el *Ambros.,* **L 76** y con el *Vatic.,* 1580 (que parece asimismo depender de **Z**); el *Laurent.,* 60.18, al que siguen el *Magliabechanus,* II.10.59 de Florencia y el *Matrit.,* 4687, este último copiado, a su vez, por el *Angelicanus* de Roma y el célebre *Alexandrinus;* y, finalmente, el *Vatic.,* 2384 y su descendencia: el *Vatic. Palatinus,* 160, el *Vatic.,* 1002, el *Paris.,* 2042 y el *Marcianus,* 200, que figura con la sigla **Q** en BEKKER. La propia edición príncipe, la *Aldina* de 1508, se relaciona con este grupo de manuscritos, si bien su *recensio* presupone igualmente el *Paris.,* 2038, llamado **D** por GAISFORD, y, con toda seguridad, otro manuscrito diferente, hoy perdido para nosotros. Ahora bien, la magnitud de esta familia de códices, insisto: la mayor conocida, no es la única causa de la importancia del *Matritensis,* 4684. A ello hay que añadir que, siendo éste el primer manuscrito que incorpora en escritura sistemática las enmiendas de **F²,** resulta así que estamos obligados a ver en él el ejemplo más antiguo, no fragmentario, de lo que debería calificarse como una segunda versión de **F.** Éste es el punto en el que me aparto de KASSEL y en el que creo que pueden hacerse efectivas las críticas de conservadurismo metodológico a que antes he hecho referencia. Pues como, a decir verdad, nada podemos decir sobre la data de las correcciones que presenta el *Cantabr.,* a propósito de las cuales es meramente gratuita tanto la suposición de su antigüedad como la interpretación que hace de ellas enmiendas de "errores", todo lo que puede afirmarse y lo único que permanece como un hecho es que el códice madrileño ofrece una lectura autónoma coincidente en general con las enmiendas de **F²,** pero objetivada de un modo unitario, así orgánica como estructuralmente del mismo original griego ∃ (o de otro muy similar) al que también copia **F.** Ello convierte, en fin, al *Matritensis* en un testimonio inapreciable para fijar la tradición manuscrita del segundo de los arquetipos y aumenta su importancia hasta situarlo en el mismo nivel de trascendencia que el *Cantabr.* para la reconstrucción de la *Retórica* de ARISTÓTELES.

Por lo demás, en lo que se refiere a los detalles concretos de tal reconstrucción, los criterios y argumentaciones que acabo de señalar proporcionan algunas bases firmes que, si no modifican sustantivamente, como es natural, el texto de ARISTÓTELES, permiten llevar a cabo una *recensio* más segura, sobre la que he procurado guiar, en todo caso, las decisiones textuales singulares de mi edición. Me limitaré aquí a presentar tres rápidos ejemplos, que recogen ordenadamente los tres supuestos fundamentales en que se resume cuanto llevo dicho. En primer lugar, y desde luego, es obvio que el mejor conocimiento de la tradición manuscrita limita drásticamente los afanes correccionistas de todos aquellos editores que son y éstos son muchos, en el caso de ARISTÓTELES, demasiado proclives a las conjeturas. Cuando las familias de códices coinciden, habida cuenta de la fragmentariedad de éstas y de su más que verosímil dependencia de originales griegos distintos, no debe admitirse corrección alguna del texto, pues la coincidencia asegura en este caso la certeza de la lección. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en I, 1, 1354a8, donde tanto **A`** como **F** y sus derivados (también el *Matrit.*), así como **H,** que representa a las traducciones latinas, ofrecen *hodopoieîn.* No hay nin-

guna razón para seguir admitiendo la corrección de BYWATER *hodô i poieîn,* a la que han dado su asentimiento la gran mayoría de los editores, entre ellos el propio KASSEL. Y, en efecto, una consideración algo más atenta demuestra que el *happax* aquí empleado por ARISTÓTELES se halla bien atestiguado en textos como *Met.* A, 3, 984a18 y *Rhet.,* III, 14, 1414b21, que fija *hodopoîesis;* y la misma lectura, procedente de una segura tradición aristotélica, se observa asimismo en el fragmento de Zenón I, 72 (Arnim), que dice: *«téchne éstin héxis hodopoietiké».*

En segundo lugar, los códices tenidos por *deteriores,* pero de los que hoy sabemos que representan lecturas autónomas de verosímiles originales griegos diversificados (en concreto **H, F** y los dos derivados, en ramas separadas, de este último: **Z** y el *Matrit.*) tienen que atenderse con el mayor escrúpulo, sin acceder a la conservadora teoría de los "errores" de copia; más aún: incluso deben preferirse a **A`,** cuando, coincidiendo ellos entre sí, difieren de este último. Un ejemplo, entre otros varios, interesante por cuanto precisa en un sentido particular el texto aristotélico, lo ofrece II, 26, 1403a25, en donde se lee: *állo tèn kataskeuastikén.* Esta frase falta en **A`,** por lo que casi todos los editores la atetizan, y también KASSEL. La frase está asimismo ausente de las traducciones latinas, pero este dato es aquí irrelevante, puesto que se halla localizada en esa parte de la *Retórica* en que el manuscrito griego conjetural, que las traducciones siguen, reproduce, según he explicado antes, al arquetipo de **A`.** En cambio, la frase está en todos los *deteriores* sin excepción que dependen de **F, Z** y el *Matrit.* Y como debemos suponer que estos códices siguen un original griego auténtico el que hemos identificado con ∃, cuyas variantes es gratuito considerarlas como "errores" de copia, la conclusión sólo puede ser que la frase en cuestión es verdaderamente aristotélica y que no debe borrarse. Si leemos ahora el texto completo, lo que el filósofo quiere decir, entonces, no es tanto que «las refutaciones son una especie de los entimemas», sino que «no son una especie de entimemas distinta de los ya establecidos», lo que precisa con mayor rigor el pensamiento de ARISTÓTELES.

Por último, el tercer caso a que quiero referirme es el que se produce cuando las familias de códices difieren entre sí en una lectura concreta, sin que se den asociaciones significativas ni criterio alguno, salvo el de "buen códice", que justifique la preferencia de una sobre otra. El ejemplo más contundente de esta posibilidad es el que ofrece III, 10, 1410b36, que KASSEL ni siquiera menciona. **A`** y todos sus *deteriores* escriben aquí *enárgeia,* es decir, 'claridad', 'nitided', lo que es conforme con la doctrina de ARISTÓTELES sobre la metáfora. En cambio, las traducciones latinas y el *Matrit.* escriben *enérgeia,* que, además de ser un término aristotélico por excelencia, tiene a su favor el comentario del escoliasta, que lo fija sin ninguna duda: *«tinà tôn antigráphon échousin energeîas»* (∑). Este último testimonio ha llevado a los editores sin excepción a preferir *enérgeia,* en vez de *enárgeia.* Sin embargo, mi opinión es que en estos casos debemos considerar ambas lecturas como igualmente auténticas y justificarlas ambas; pues nada nos asegura, en efecto, que tales variantes no circulasen ya en los originales griegos y, como antes dije, que los códices medievales, y hasta los propios escoliastas, no hayan tenido acceso a textos de suyo diferenciados, responsables de la fragmentariedad de la tradición manuscrita. Con esto vuelvo a repetir que la pretensión de llegar a la reconstrucción de un arquetipo único es, además de imposible, seguramente no más que una ficción imaginaria. Pero lo que resulta de ello no me parece especialmente preocupante. Pues nada hay que temer de un cierto pluralismo,

en todo caso muy concreto y poco numeroso, de nuestras lecciones, que, como demuestra el texto que acabo de comentar, enriquece más que perturba nuestra comprensión de ARISTÓTELES.

III

Hasta aquí, pues, los criterios y decisiones de crítica textual sobre los que se ha basado mi edición. Pasaré ahora a informar brevemente sobre los problemas que antes he llamado de análisis histórico. En este punto, además de una actualización de fuentes conforme a las ediciones que han ido apareciendo a lo largo de nuestro siglo, mi edición rectifica o matiza en no pocos detalles las hipótesis de SPENGEL y COPE a propósito de concretas referencias históricas o literarias que aparecen en la *Retórica.* Conviene advertir que estas rectificaciones son importantes, a veces, para la comprensión del texto y no sólo para la autosatisfacción erudita, pero también, en todo caso, que constituyen minucias de índole menor, en modo alguno adecuadas para que yo las exponga aquí. En cambio, cuando hablamos de cuestiones históricas, hay un problema que se alza gravemente como un obstáculo en nuestro camino, sin vencer el cual, como ahora mostraré, difícilmente se puede avanzar en una real ponderación de esta obra de ARISTÓTELES. Me refiero al problema de la composición de la *Retórica* y a las dificultades introducidas por la aplicación de los métodos genéticos en el horizonte de la interpretación global del Estagirita.

Con referencia a la *Retórica,* la prehistoria del problema es larga y compleja. Ya BRANDIS (en su «Über Aristoteles *Rhetorik*- und die griechischen Ausleger derselben», de 1849) sostuvo que la *Retórica* era una obra mal estructurada, tal vez una primera versión con muchas correcciones posteriores, que ARISTÓTELES no habría tenido la oportunidad de corregir personalmente. En esta interpretación la responsabilidad se hacía recaer sobre el propio ARISTÓTELES; pero el modelo más común de explicación fue el de suponer interpolaciones para cada una de las incongruencias del texto, tarea esta que emprendieron sistemáticamente, tanto L. SPENGEL (en su *Über die Rhet. des Aristoteles,* de 1851, y más aún en su edición con comentarios, publicada en Leipzig en 1867), como J. VAHLEN (en su «Zur Kritik der arist. Poetik und Rhetorik», de 1862). De la suma de estos análisis se desprendieron, como era natural, visiones de conjunto dominadas por el punto de vista de la fragmentación. NIEHBUR, por ejemplo, aventuró que la *Retórica* respondía a una obra juvenil de ARISTÓTELES, profundamente alterada y aumentada en la praxis escolar del Perípato. Y aun cuando COPE rechazó este diagnóstico, basándose en análisis de crítica filosófica que permitían deshacer muchas de las presuntas contradicciones, no por ello dejó de señalar cómo algunas dificultades e incumplimientos textuales debían resolverse mediante la apelación a reelaboraciones posteriores. Análogos motivos llevaron a ZELLER a suponer que en realidad la *Retórica* no fue (según su expresión) "publicada" nunca y que, puesto que contiene referencias a la *Política* una obra comúnmente tenida por incompleta a la muerte de ARISTÓTELES, su forma actual sólo podía responder a un proceso de revisión y acumulación de nuevos materiales, que habrían llevado a cabo los discípulos. Sobre la base de una recensión más rigurosa de las anotaciones de SPENGEL y VAHLEN, así como de sus propias investigaciones textuales a que ya me he referido aquí, ROEMER enunció, en cambio, en el Prólogo de su edición de TEUBNER, la hipótesis en cierto

modo revolucionaria de que el texto transmitido de la *Retórica* podía muy bien ser una colación de dos versiones del original, una extensa y otra resumida, que hubieran sido mezcladas por un anónimo editor anterior a ANDRÓNICO. Y Fr. MARX, sensible a esta tesis, pero fijando más su atención en análisis de fondo, supuso (en su *Arist. Rhetorik,* de 1900) que nuestra obra era el producto de un redactor tardío, que habría unificado y desarrollado manuscritos escolares de tres cursos de ARISTÓTELES sobre retórica.

Como se ve por estas rápidas indicaciones aquí referidas exclusivamente al texto de la *Retórica,* pero análogas a las que podrían citarse en relación con otras obras aristotélicas, el clima que había de dar lugar a los métodos genéticos de JAEGER estaba ya firmemente establecido, por obra sobre todo de la filología alemana, en los comienzos del siglo XX. Y fue precisamente en Göttingen, en la tesis doctoral que presentó KANTELHARDT en 1911 con el título *De Aristotelis Rhetoricis,* donde por primera vez se hizo uso, antes de que JAEGER publicase sus célebres trabajos, de una metodología *sensu stricto* genética aplicada a la *Retórica,* según la cual las dificultades de esta obra podían resolverse mediante la introducción de un eje diacrónico de análisis y el subsiguiente aislamiento de fragmentos textuales cronológicamente diversificados. Siguiendo, pues, este método, KANTELHARDT razonó que la *Retórica* ganaba en coherencia y unidad, si se suponía que el cap. I, 1 (concretamente desde 1354a11, con exclusión del párrafo preliminar de las líneas 1354a1-10) era anterior al resto de la obra, lo que, sobre ofrecer un marco explicativo a los análisis textuales de ROEMER y MARX, podía fundamentarse en la distinta elaboración que ARISTÓTELES lleva a cabo respecto de las "clases de pruebas", las cuales, en efecto, se reducen en I, 1 exclusivamente al *enthyméma,* mientras que se amplían en I, 2 al *tekmérion* y al *parádeigma.*

Ahora bien, en estas mismas coordenadas de análisis, pero por aplicación ya de los puntos de vista de JAEGER y en el marco de una reconstrucción general del *Organon* aristotélico, Fr. SOLMSEN, discípulo de aquél, sostuvo que en la *Retórica* que hemos conservado podían aislarse dos redacciones principales, correlativas a dos técnicas de argumentación, una según el modelo de los "lugares comunes" (*ek tópon*), y otra según el modelo de los "enunciados" (*ek protáseon*), redacciones que, aun si posteriormente mezcladas, procedían en realidad de dos épocas distintas de la investigación de ARISTÓTELES: las de los periodos docentes de la Academia y el Liceo. Y aunque desde posturas críticas, este mismo punto de vista se ha prolongado después en K. BARWICK, para quien la *Retórica* es «un manuscrito escolar, a cuya redacción ha añadido posteriormente Aristóteles una serie de suplementos»; y en P. GOHLKE, quien (en medio de un complejo análisis, que pone en el paso de la metodología típica a la analítico-silogística el principio fundamental de la reconstrucción del *Organon*) entiende que el texto transmitido de la *Retórica* se compone de una primera redacción, posterior a *Tópicos,* pero anterior a una versión inicial, hoy perdida, de los *Analíticos* y una segunda redacción, posterior a esos *Analíticos* perdidos, pero anterior a los que conservamos, cuya génesis podemos de este modo establecer.

Respecto de estas lecturas genéticas de la *Retórica,* y en general del entero *Corpus* de ARISTÓTELES, hay que decir, desde luego, y de la manera más enérgica, que la bibliografía actual se halla en un nivel de franca superación. Más aún: tal superación se daba ya como un hecho irreversible y así sigue en la generalidad de los estudios de hace 20 años sobre el estatus de la investigación aristotélica, como puede constatarse en los

trabajos de E. BERTI, *Aristotele nella critica e negli studi contemporanei* (Milán, 1957), o en el algo más reciente de A. H. CHROUST, *Die ersten dreissig Jahre moderner Aristotelesforschung* (Darmstadt, 1968). Por una parte, los resultados de las reconstrucciones genéticas no han sido mutuamente concordantes e incluso, como es el caso de I. DÜRING, al que me referiré luego, han sido discutidas en sus mismas bases filológicas. Y, por otra parte, y sobre todo, tales reconstrucciones subvierten lo que no es más que la aplicación de un método histórico, al presentar a éste como si se tratase de una tesis de interpretación filosófica. Ahora bien, visto así el problema y, por decirlo con las palabras de P. AUBENQUE, lo único que consiguen es sustituir «la comprensión horizontal, que multiplica las conexiones del sistema (...) por las diferentes etapas de un problema o de una noción» (*La prudence chez Aristote,* Paris, 1962, p. 26). El resultado es un predominio de lo discontinuo y el fragmento, en donde la coherencia del filósofo es sacrificada a la metodología del intérprete o, dicho de otra manera, en donde la *lectura sintética* de las obras es preterida en favor de una *lectura analítica* de sus conflictos; y ello en una forma en la que ARISTÓTELES queda completamente desarticulado, de suerte que sólo cabe ya al modo como lo intentó JAEGER una interpretación global de su pensamiento en tanto que referido al curso íntegro de su biografía. Es muy dudoso, ciertamente, que este modo de proceder pueda presentarse como un principio hermenéutico legítimo. Pero, sobre todo, lo que hay que decir es que con su aplicación no se gana en realidad nada respecto del estado de cosas resultante de los estudios del siglo XIX: en ambos casos, en efecto, y lo mismo si se utilizan perspectivas sincrónicas que diacrónicas de análisis, lo que el intérprete debe preguntarse es si resulta plausible que ARISTÓTELES pasase de una tesis a otra distinta, sin reparar en las consecuencias que su mera fusión podía tener para el conjunto de cada obra, o si más bien las presuntas contradicciones pueden ser disueltas mediante exámenes o hipótesis de orden general que las justifiquen. Este último punto de vista, que, por lo que atañe a la *Retórica,* no hace más que seguir el criterio ya formulado en los años treinta por H. THROM, es seguido ahora por W. H. GRIMALDI (que polemiza abiertamente con los métodos genéticos) y por J. SPRUTE (que tiene, en cambio, tales métodos por irrelevantes).

Así pues, la superación de las interpretaciones genéticas configura hay que insistir en ello el clima de las actuales investigaciones sobre la *Retórica.* Sin embargo, si con esto resulta claro que la interpretación ha de situarse en las coordenadas de una explicación unitaria y suficientemente comprehensiva del pensamiento de ARISTÓTELES, con todo, sería absurdo suponer que la aplicación de tal criterio metodológico suprime los problemas que plantea la composición de sus obras. En el caso que nos ocupa, las evidencias sobre tensiones conceptuales, reajustes y desarrollos diacrónicos son demasiado fuertes como para no pensar que la *Retórica* ha tenido una gestación morosa y acumulativa, en un transcurso de tiempo que además hemos de suponer dilatado. Ahora bien, si con la información de que disponemos no se alcanza, por lo tanto, a suspender esta mayor verosimilitud de las hipótesis diacrónicas, lo que en estos márgenes quiere decir la superación de los métodos genéticos es que, por primera vez, el análisis de los diferentes niveles de composición de las obras del filósofo puede afrontar una interpretación razonada de conjunto, sin desatender por ello la historia real de su pensamiento. Nada impide que ARISTÓTELES, a medida que haya ido corrigiendo y aumentando el cuerpo de sus lecciones, se haya guiado en todo instante por un criterio de integración sistemática; pero, más aún, lo que la aplicación de un eje diacró-

nico permite establecer es eso precisamente: el esfuerzo de *síntesis,* tal como queda reflejado en los sucesivos episodios de la escritura de sus obras. A partir de ahí, la tarea del investigador no es ya o no de un modo predominante la de preguntarse qué tensiones o qué estratos cronológicamente diferenciados se pueden reconocer en los escritos de ARISTÓTELES, sino en virtud de qué criterios ha tenido él tales estratos y tensiones como conciliables sistemáticamente, hasta elaborar con ellos un único producto intelectual. Y éste es el núcleo de la cuestión.

A la luz de este planteamiento, los problemas que formula la composición de la *Retórica* pierden en gran medida su configuración polémica. Para tales problemas, en efecto, las virtualidades de los *análisis sistemáticos,* al modo de los que practica GRIMALDI, son perfectamente legítimos, puesto que remiten a una obra única y completa; pero también escasamente decisorios, ya que ponen como punto de partida lo que en realidad es el punto de llegada, o sea, la propia síntesis o unidad intelectual sin duda querida por ARISTÓTELES que representa el libro. Y en cuanto a los *análisis filológicos,* tales como los que ha llevado a cabo DÜRING, hay que decir en rigor que resultan poco consistentes. DÜRING no ha logrado mantener, después de todo, su tesis de la unidad textual de la *Retórica.* Su afirmación de que los cap. II, 23-24 constituyen un añadido al cuerpo de los libros I-II viene a mostrar que la obra ha experimentado rectificaciones respecto de su redacción original. Pero lo mismo cabe decir de la cita de Diópites (II, 8, 1386a14), al que DÜRING identifica con el general citado por DEMÓSTENES en *Corona* § 70 y que, al situar este pasaje en una fecha no anterior a 310, tiene que explicar como «una *revisión* particular (...) en medio de una abigarrada serie de ejemplos» (*cfr. Aristoteles,* Heidelberg, 1966, p. 120). O también de la anécdota de «uno que dio una estera en el Liceo» (II, 7, 1385a18), que DÜRING, en cambio, calla y que no puede sino presuponer la segunda estancia ateniense de ARISTÓTELES. Desde luego, si éste impartió docencia de retórica en el Liceo, como confirman otras fuentes paralelas, es completamente inverosímil, considerando las nuevas conquistas realizadas por él, sobre todo en el terreno de la lógica, que hubiera querido servirse, sin grandes modificaciones, de un texto tan antiguo como un tratado académico sobre la argumentación retórica. Y a esto debe añadirse todavía que las razones sobre las que DÜRING justifica su punto de vista son muy poco convincentes. Su argumentación principal sobre que en la *Retórica* no se hallan alusiones a los discursos de DEMÓSTENES por lo que, como la carrera del afamado orador no comenzó hasta el 354, la composición de la obra debe ser en conjunto anterior a esa fecha, constituye un razonamiento demasiado débil, si se atiende a la militancia política de DEMÓSTENES y a la posición en que se encontraría ARISTÓTELES como antiguo preceptor de Alejandro en una Atenas dominada por la pasión antimacedonia: elementales razones de prudencia pueden explicar el que ARISTÓTELES evitase cualquier mención de DEMÓSTENES, susceptible, como ya había ocurrido veinte años antes con ISÓCRATES, de acarrear disputas, también en el caso de que algunas partes de los libros I-II de la *Retórica* hubiesen sido redactados tardíamente. Fuera de esta argumentación, DÜRING practica sobre las dificultades y desajustes de la obra un espeso silencio. Y tampoco se pronuncia sobre el esencial problema del doble código metodológico de la *Retórica:* su afirmación de que ARISTÓTELES había ya escrito en el periodo académico la casi totalidad de los *Tópicos* y algunas partes de los *Analíticos,* como no se refiere en concreto a ninguno de los pasajes objeto de discusión, resulta tan general como indecidible.

Ahora bien, este último punto es el fundamental. Ciertamente, los motivos para una distinción diacrónica de constructos temáticos en el interior de la *Retórica* vienen dados por la existencia de una doble organización de la «lógica de la argumentación persuasiva», que presupone, en cada caso, el modelo de *Tópicos* o de *Analíticos* y cuyos paradigmas se ofrecen respectivamente en los caps. 1 y 2 del libro I. Sobre las notorias heterogeneidades de estos dos capítulos no cabe aceptar el fácil argumento, que propone DUFOUR, de que ARISTÓTELES podría estar hablando en I, 1 de una forma meramente programática frente a la más detallada exposición de I, 2. Tal tesis es, desde luego, muy poco sólida, aparte de porque esas mismas heterogeneidades se prolongan después, de un modo bien tangible, a lo largo de la obra, por un dato más concreto que, hasta donde yo conozco, ha sido poco tenido en cuenta; a saber, porque, incluso si admitimos que I, 1 tiene el carácter de un programa aún sin precisar, el modelo lógico-retórico que formula coincide estrictamente con el, esta vez sí, preciso y muy desarrollado de III, 17 (donde ARISTÓTELES, al hilo de la construcción o *táxis* de los discursos, repite sus consideraciones sobre la argumentación retórica), en un sentido que no ya sólo tiene poco que ver con lo que leemos en I, 2, sino que, más aún, discrepa seriamente de la doctrina que este último elabora a propósito del programa mismo del saber retórico.

En el primero de estos paradigmas, ARISTÓTELES concibe la retórica en el marco de la crítica al inmoralismo sofista y prohíbe, en consecuencia, el uso de todos los argumentos que se hacen *«pros tón dikastén»:* con vistas a convencer, de cualquier modo que sea, a quien ha de juzgar. Las argucias basadas en la exhibición por parte del orador de un talante moralmente bueno o la sustitución de los razonamientos por la excitación de las pasiones del auditorio son condenadas enérgicamente o, a lo sumo, sólo admitidas para hacer más digeribles ante auditorios incultos las argumentaciones lógicas. Toda la persuasión ha de fundarse, pues, según este modelo, en la presentación de los «hechos» (*prágma*) y en el uso de aquellos razonamientos (*lógoi*) que pueden obtenerse a partir de enunciados o inferencias generales que, por su parte (y luego me extenderé sobre este punto), derivan de *tópoi* o lugares comunes de naturaleza dialéctica. La proximidad de este planteamiento a tesis platónicas bien precisas y su conexión con temas que ARISTÓTELES desarrolla en *Tópicos* permite asegurar que todas las partes o secciones de la *Retórica* en que tal modelo es reconocible pertenecen a una redacción temprana, que seguramente se ha de relacionar con el célebre y enigmático *Curso de retórica* del periodo académico del que nos informan los índices antiguos de las obras aristotélicas.

Por su parte, el segundo modelo presenta una situación en la que las exigencias morales han sido depuestas en favor del análisis minucioso de las técnicas de la persuasión. El problema es ahora más propiamente el de la modificación de las conductas, lo cual implica un más detallado examen de los elementos emocionales de la persuasión. Los enunciados que connotan tales elementos, o sea, los que expresan los caracteres y las pasiones, son considerados ahora por ARISTÓTELES como susceptibles de proporcionar premisas al razonamiento, en el mismo plano que los que se refieren al *prágma* o asunto de los discursos. Esto obliga a sustituir la concepción original respecto de la necesidad de valerse exclusivamente de enunciados generales y, a la inversa, introduce en la retórica abundantes catálogos de enunciados particulares (*ídiai protáseis*), susceptibles de enseñanza, de los que el orador puede hacer uso, con sólo recor-

darlos, bajo cualesquiera circunstancia como materia de sus argumentaciones. Esto quiere decir que ARISTÓTELES concibe tales enunciados particulares ellos mismos como lugares comunes, por lo que no siente que haya ninguna contradicción entre el primero y el segundo de sus planteamientos y puede sobreponerlos meramente: con ambas técnicas, en efecto, no hace sino proporcionar términos medios a los razonamientos de que haya de usar el retórico. Pero la disposición de esos catálogos de enunciados le permite, en cambio, reorganizar la retórica conforme a los cánones de toda argumentación, es decir, le permite construir *inducciones* y *silogismos* específicamente retóricos, lo que implica una reordenación de los argumentos persuasivos según el modelo de los *Analíticos.*

Si las hipótesis que he manejado en mi edición son ciertas, esta reordenación final de la *Retórica* debió tener lugar a principios del periodo del Liceo, más o menos entre 335 y 330. Pero lo importante es hacer notar cómo a lo largo de una composición que los dos estratos principales nos muestran tan dilatada, ARISTÓTELES ha juzgado siempre tener entre manos un mismo proyecto, bien fundido y coherente. La pregunta que se plantea es si podemos descubrir el sentido, el valor íntimo —y, en todo caso, uno— de este proyecto. Pero tal problema nos lleva ya a las cuestiones que antes he llamado de análisis filosófico, a las que, con toda rapidez, voy a dirigir ahora la atención.

IV

A propósito de éstas, de las cuestiones de análisis filosófico, a las que mi edición ha dedicado el interés prioritario, lo primero que hay que decir, de todos modos, es que formulan un interrogante, cuya falta de claridad no puede menos que producir asombro. Cuando se habla de retórica, resulta inevitable, en efecto, traer a la conciencia la imagen de un arte o una técnica de hacer discursos o más simplemente de hablar bien, en forma que tiene que ver con una suerte de preceptiva literaria, pero no con la verdad de lo dicho o con las decisiones del juicio práctico.

Esta imagen procede de la propia historia del Perípato, seguramente (si hemos de creer a Diógenes Laercio) a partir de la rectoría de Licón, y se consagra en la organización del *Corpus* de Andrónico de Rodas, que desgaja a la *Retórica* del *Organon* para unirla a la *Poética.* Cierto que el recuerdo de una retórica vinculada a la lógica de las decisiones prácticas se ha conservado en testimonios muy antiguos, así de las tradiciones estoicas, que en este punto tienen su origen en ARISTÓTELES, como del propio Liceo, según muestra la cita de QUINTILIANO que se refiere a ARISTÓN, el predecesor de Critolao al frente del Perípato, y que define a la *Retórica* como «*scientia videndi et agendi in quaestionibus civilibus*». Cierto asimismo que en el arte del bien hablar nunca ha faltado un capítulo importante sobre la argumentación persuasiva y que una parte de la investigación contemporánea, desde SOLMSEN y GOHLKE, ha situado el libro de ARISTÓTELES entre los *méthodoi* o escritos de lógica. Con todo, a pesar de estas evidencias, y, más todavía, a pesar de que una línea importante de la reflexión contemporánea ha fijado sus ojos, a partir de PERELMAN, en las virtualidades de los modelos retóricos de argumentación como instrumentos de las decisiones éticas y políticas, la verdad es que la *Retórica* de ARISTÓTELES no ha logrado aún trascender los límites del interés por el *Ars dicendi,* en que la situaron las distintas tra-

diciones escolásticas, ni integrarse, por tanto, en el universo de investigaciones que suscita desde siempre la filosofía práctica aristotélica. Un ejemplo de ello y un ejemplo que me parece sustantivo es que el gran debate sobre el modelo aristotélico de la racionalidad de la praxis, que enfrentó en Alemania, durante los años setenta y buena parte de los ochenta, a intelectuales tan solventes como GADAMER, HABERMAS, HÖFFE, KUHN, SCHNÄDELBACH, RIEDEL, HENNIS, BIEN, LORENZEN, BUBNER, etc., hizo un uso constante de las *Éticas,* de la *Política* y de los *Tópicos* y, en cambio, apenas si tuvo en cuenta, y siempre además desde una perspectiva secundaria, los análisis de la *Retórica.* Ahora bien, ¿podría decirse que un tal planteamiento de la cuestión reproduce adecuadamente el punto de vista de ARISTÓTELES? ¿Ha de aceptarse que el sentido más profundo de la *Retórica* se agota en el *Ars dicendi* y que su valor es secundario en el orden de la filosofía práctica aristotélica? Ésta es la pregunta que, para explicar el objetivo último de mi edición, y ya en los breves minutos que me restan, quisiera ahora responder.

En rigor, para hacerse cargo de la posición de ARISTÓTELES hay que partir de las consideraciones platónicas en torno a la retórica y, simultaneamente, de las consecuencias que para el Estagirita tuvo la que C. VIANO ha llamado con acierto «crisis de la dialéctica». Los requisitos que con respecto a la retórica PLATÓN había señalado en el *Fedro* se resumían en dos: ante todo, que sólo son verdaderos *discursos* los discursos que son verdaderos; y, después, que tal objetivo únicamente puede cumplirse cuando los discursos remiten a un plano *adecuado* de referencia ontológica, es decir, no a las opiniones o a las realidades sensibles, sino a las Ideas o Formas. Ahora bien, el cumplimiento de estos requisitos implicaba que todos los discursos dependiesen de un *órganon* o «discurso de los discursos», que pudiese establecer la conexión del lenguaje con los objetos esenciales comprendidos en él. Y tal *órganon* era la dialéctica, en cuanto que, mediante divisiones y composiciones de conceptos, permitía *demostrar* la validez de las definiciones y de los procesos deductivos empleados en los discursos. Desde este punto de vista, los únicos «discursos verdaderos» posibles eran los *discursos científicos;* y la retórica no podía ser entonces *nada distinto de la dialéctica misma,* puesto que, no siendo una ciencia particular y, al contrario, pretendiendo ella también ser un *órganon* o «discurso de todos los discursos», había de cumplir las mismas exigencias que la dialéctica y en nada podía diferenciarse de ésta.

Ofrece pocas dudas que, en el aspecto lógico del problema, ARISTÓTELES mantiene el marco íntegro de estas exigencias platónicas. Prescindiendo aquí de sus diálogos tempranos, cuya identificación con PLATÓN parece segura, lo cierto es que los libros VI-VII de *Tópicos,* que son, como se sabe, los más antiguos de esta obra, nos presentan también a la dialéctica como un arte para la demostración de las definiciones de que hacen uso las ciencias particulares. Es cierto, de todos modos, que ARISTÓTELES se separa de PLATÓN en un punto fundamental, en el que la «crisis de la dialéctica» aparece ya consumada; a saber, en que las cosas contingentes no pueden ser referidas *adecuadamente* (*orthós*) a la necesidad de las Ideas. *Tópicos* VI-VII presuponen ya, a este respecto, la crítica de las Ideas, que sin duda contenía el *Perí tón idéon* y que podemos reconstruir a través del libro A de *Metafísica.* Sin embargo, si esta renuncia equivale a una rebaja en las pretensiones de cientificidad de la dialéctica, todo el esfuerzo de ARISTÓTELES se dirige a reconstruir un horizonte de certi-

dumbre (aunque sólo sea relativa) en el orden de la contingencia. No es posible avanzar, a mi juicio, en la comprensión del pensamiento aristotélico, sin percibir este punto de partida que lleva a ARISTÓTELES a salvar el platonismo contra el propio PLATÓN. La reconstrucción de algún orden de certeza para el mundo contingente implica, así, la transformación de la dialéctica en un sentido que pueda conservar el *maximum* posible de sus pretensiones epistemológicas, sin el apoyo de la referencia a las Ideas. Y ésta es la clave del problema que quiero presentar: tal transformación incluye, como un requisito suyo, no la suspensión de la retórica, sino, al contrario, su pleno desarrollo y constitución autónoma.

El razonamiento aristotélico podría sintetizarse del modo que sigue: si las Ideas no pueden servir de plano de referencia ontológico a los enunciados del lenguaje que remiten a objetos contingentes, en cambio, la *pluralidad de sentidos* que la contingencia introduce sí puede unificarse desde la *identidad de la definición,* que, de este modo, se perfila ahora como un nuevo criterio de significado. Lo que tal criterio postula es que «todo objeto ha de tener una única definición, que debe poder sustituir al nombre del objeto en todo contexto en el que aparezca» (VIANO, *art. cit.,* p. 382). La demostración de las definiciones, en que se resume el objetivo de la dialéctica, consiste entonces, desde este punto de vista, en buscar *todos los contextos en que puede aparecer el nombre del objeto, a fin de comparar en cada caso la identidad de su definición.* Tales contextos funcionan, así pues, como «lugares (*tópoi*) lógicos» de la «demostración (*syllogismós*) de las definiciones». Y, por esta causa, el «método de selección (*trópos tés eklogés*) de estos lugares», en que se resume todo el programa demostrativo, recibe con plena justicia el nombre de *Tópica.*

En las coordenadas de este nuevo planteamiento, la división y jerarquía de los conocimientos humanos halla un sencillo marco de explicación. Las ciencias particulares se presentan, en efecto, como discursos que de antemano han cumplido ya las exigencias de la dialéctica, sencillamente porque se refieren a casos *saturados* en que la contradicción es imposible o, dicho de otra manera, en que la identidad de la definición es puesta como *principio* en todos los contextos o lugares lógicos en que puede aparecer; y es en este uso de las definiciones como *principios* en lo que consiste la axiomatización de las ciencias. En cambio, los enunciados para los que sí cabe la contradicción de lo que afirman, sin que pueda presuponerse de antemano la identidad de su definición, tienen que probar ésta, consecuentemente, recorriendo todos los lugares lógicos. Son tales casos los que pertenecen ahora al dominio propio de la dialéctica: sus definiciones no pueden proponerse como *principios,* sino como *hipótesis.* Y la dialéctica se constituye entonces como un método para la selección y justificación de hipótesis.

Ahora bien, con esto llegamos al centro del asunto. A las hipótesis no les corresponde un plano de referencia necesario como si ya fueran verdades; les corresponde únicamente el estatuto de *dóxai,* de opiniones. Una tesis que puede ser sometida a contradicción, es decir, de la que no se sabe todavía si se cumple en todos los contextos posibles, constituye una opinión, un enunciado de validez subjetiva; y la «posibilidad de contradicción» sólo puede ser interpretada entonces, según lo dice *Tóp.* VIII, 1, 155b 3, como «posibilidad de confrontación con otras opiniones», o sea, como diálogo o controversia con un oponente. Es bastante obvio que, al plantear así el problema, la referencia de las proposiciones cambia de dirección: ya no remite a un plano

real, óntico, que lleve a las cosas o a las Ideas, sino a un plano *lingüístico,* a un plano de creencias sociales en las que el significado de la definición se produce siempre en el orden de *lo que se dice.* Sin embargo, ARISTÓTELES cree poder conservar todavía algún tipo de criterio semántico, puesto que, a su vez, el cuerpo de creencias sociales refiere mediatamente al orden de la realidad sobre el que aquellas creencias se sostienen. De ahí que las opiniones que «comparten todos o, al menos, la mayoría o, si no, los más sabios» (*Tóp.,* I, 10, 104a8) resulten ser más dignas de crédito que sus contrarias, por cuanto su mayor o más cualificada aceptación es signo de una mayor integración en el sentido de la unidad de su significado. Las opiniones más *plausibles,* más sujetas al acuerdo social, son, desde este punto de vista, también las más *probables* ontológicamente. Y, de este modo, la dialéctica puede superar el mero arte de la controversia entre pareceres (en que se halla instalada la *erística*) para situarse en el marco de un cálculo de probabilidades, susceptible de asignar a cada proposición la cuota de verdad que le corresponde.

ARISTÓTELES piensa, ciertamente, que la misión de la dialéctica queda ahora perfectamente establecida. Por una parte, las creencias sociales forman, a su modo, un *sistema,* una trama organizada de enunciados, que duplica, mencionándolo mediatamente, el sistema de la realidad: ellas operan, pues, aun si en el nivel lingüístico que les es propio, como *experiencia,* como criterio material de verificación. Pero entonces, por otra parte, la dialéctica puede probar la mayor credibilidad de una tesis por el procedimiento de confrontarla con el sistema de opiniones comunes, lo que en definitiva quiere decir, por la constatación de la identidad de sus usos en el contexto de los *lugares lógicos de la opinión común.* Bajo estas condiciones, a la dialéctica le cabe operar, en fin, al modo como operan las ciencias; esto es, partiendo de lo que es más o menos objeto de opinión común y obteniendo a partir de ello premisas verosímiles que pueden formar parte de razonamientos análogos a los razonamientos científicos. Pero si, de este modo, la dialéctica se orienta ya de una forma definitiva en una orientación que va de las opiniones a las cosas de lo plausible a lo probable, salvando así, hasta donde es posible, el ideal platónico fuerte de la referencia a la verdad, es precisamente en este punto donde un completo desarrollo del programa dialéctico obliga a que éste se divida en dos disciplinas complementarias.

Porque, en efecto, la "probabilidad" no transforma, de todos modos, en casos *saturados* (científicos) las proposiciones del dialéctico ni remonta tampoco el carácter en todo caso lingüístico de la referencia: no hay en ARISTÓTELES —he aquí el núcleo del asunto— una teoría de la probabilidad al margen de la *dóxa.* Pero, por ello mismo, la dirección que va *de las opiniones a las cosas* tiene que ser complementada con la dirección que va *del dialéctico a su oponente.* Como la mayor credibilidad de una tesis no impide la posibilidad de su contradicción, el problema de determinar mediante razonamientos dialécticos que ella es más probablemente verdadera halla su réplica en el problema de persuadir al oponente mediante argumentos de convicción objetivados en el discurso. O dicho de otro modo: supuesta la no necesidad absoluta de las tesis del dialéctico, al análisis de las condiciones que hacen posible su verificación relativa (su mayor cuota de verdad, en el sentido platónico del criterio de la referencia) debe seguir el análisis de las condiciones que hace posible su *comunicación.* Pues bien, este último análisis es el que desarrolla la retórica.

V

Así pues, la dialéctica se fija en los enunciados probables desde el punto de vista de la *función designativa* del lenguaje, de lo que resultan conclusiones sobre la *verosimilitud* de tales enunciados; la retórica centra su interés en esos mismos enunciados desde el punto de vista de las *competencias comunicativas* del lenguaje, de lo que se desprenden ahora conclusiones sobre su capacidad de persuasión. Esta duplicidad de problemas que afronta la cuestión de los conocimientos probables y que reproduce casi exactamente, como lo indica APEL, «la distinción entre las dimensiones *semántica* y *pragmática* en el moderno análisis del lenguaje», localiza la perspectiva fundamental, desde la que se hace comprensible el sentido del programa aristotélico en torno a la retórica.

De una parte, no se trata de hablar bien o de construir discursos elegantes, sino de hacer posible una comunicación transparente y controlada. De otra parte, no se trata tampoco de convencer a cualquier precio de no importa qué materias (que sospechosamente, como ya lo había denunciado PLATÓN en el *Gorgias,* coinciden siempre con aquellas que son de interés de quien detenta el poder o a él aspira), sino de convencer de lo que tiene a su favor la mayor probabilidad de ser verdadero. Este programa, que hace de la retórica un instrumento de la «prudencia ética y política», encuentra finalmente su auténtica justificación sobre la base de la complementariedad por primera vez definida en sentido riguroso, por más que olvidada en el desarrollo de las tradiciones escolares de las funciones del lenguaje, sólo en cuyo universo, en ausencia de una completa absorción científica de la praxis, resulta pensable una racionalización de la acción humana. ARISTÓTELES sabe muy bien que ese «universo del lenguaje» constituye y delimita en su integridad el entero «mundo del hombre». Y, por eso, las palabras inaugurales de la *Retórica,* esas que por ser las primeras siempre se hallan revestidas de la solemnidad que les da su posición privilegiada, las dedica ARISTÓTELES a afirmar que «la retórica es una antistrofa de la dialéctica». Una *antistrofa:* o sea, la réplica con que una parte del coro trágico contestaba a la estrofa entonada por la otra parte y cuya estructura poética paralela, así como la identidad conversa de sus pasos de danza, daban la medida de la unidad del canto. Para esta unidad, en la que se coimplican y se copertenecen las funciones semánticas y pragmáticas del lenguaje, el paso de los razonamientos según lugares comunes generales a inducciones y silogismos de probabilidad debe ser interpretado como el perfeccionamiento sucesivo (en la intención de ARISTÓTELES) de un proyecto común de absorción de la contingencia y de la praxis en esquemas racionales de alguna solidez. No es que esta absorción garantice, entiéndase bien, que los juicios y proposiciones resultantes puedan ser confirmados por una verdad capaz de absorber la diferencia de opiniones. Lo que garantiza es unas reglas claras de juego tanto en las argumentaciones positivas como en el diagnóstico de los paralogismos, donde la confrontación pragmática de los pareceres, en el seno de un diálogo con voluntad de realizarse en la esfera pública y, por tanto, ante la atenta circunspección de los oyentes, necesariamente ha de verse abocada a mantener una apuesta por la verdad más plausible, entendida, como mínimo, en el sentido de aquella que ofrece más restricciones y obstáculos a la expansión de la irracionalidad. Y éste es, a mi juicio, el fondo de lo que se propone en el programa aristotélico de la *Retórica.*

Lo que se propone en el programa aristotélico y quizás también habría que añadir, al menos como un *desideratum* lo que debería proponerse en aquellos programas filosóficos contemporáneos que buscan ampliar la imagen de la racionalidad basándola en modelos argumentales. Porque, ciertamente, en las coordenadas que estos modelos diseñan, y estoy pensando tanto en los cognitivos, al modo del de SPERBER y WILSON, como en los estructuralistas de ANSCOMBRE y DUCROT; y asimismo, tanto en los estrictamente pragmáticos, a la manera de los de HABERMAS o ALEXY, como en el más analítico de MACCORMIC, en todos estos modelos, digo, tal vez no resultaría inadecuado subrayar de un modo más enérgico los dos postulados que, en definitiva, subyacen a la metáfora de la antistrofa entre la dialéctica y la retórica. A saber: el primero, que la ausencia de fundamentos legitimadores (en sentido fuerte) de las decisiones éticas y políticas *no debe impedir* el proyecto de una racionalización de las relaciones humanas, que sólo cabe esperar de una decidida apuesta a favor de la *transparencia comunicativa del lenguaje* frente a las implicaciones siempre oscuramente interesadas de los discursos confusos. Y el segundo, inverso del anterior, que el intento de una reestructuración del sentido de las proposiciones exclusivamente basada en la arquitectura de una pragmática universal, *no puede perder de vista* que, de cualquier modo, todo proyecto de racionalización pasa por no renunciar al control de las meras competencias comunicativas bajo el imperio de una *fundamentación progresiva (hasta donde en cada momento resulte posible) de la verdad.* Estos dos postulados atraviesan, sin duda, una buena parte de la filosofía actual. Y lo que creo es que a ninguno de los dos puede serle ajena la tarea de repensar la retórica.

EL REPUBLICANISMO DE CICERÓN: RETÓRICA, CONSTITUCIÓN MIXTA Y LEY NATURAL EN *DE REPUBLICA*

Antonio Rivera García [1]

Universidad de Murcia

RESUMEN. El republicanismo de CICERÓN se sustenta sobre tres pilares: sobre el carácter retórico o probable del saber político; sobre la histórica constitución mixta, cuyo valor ha sido confirmado por la experiencia romana; y sobre la universal ley natural de origen estoico. En este artículo se defiende que lo más original del republicanismo ciceroniano se halla en la armonización lograda, mediante las armas retóricas, entre el histórico patriotismo romano y el normativo cosmopolitismo, entre la constitución mixta y la ley natural.

Palabras clave: Cicerón, retórica, republicanismo, Constitución, ley natural.

ABSTRACT. CICERO'S republicanism is supported on three fundamental mainstays: on rethoric or probable condition of political knowledge; on historical mixed constitution, whose value has been confirmed by Roman experience; and on universal natural law of stoic origin. In this paper it is defended that the more original idea of CICERO'S republicanism is in the harmonization, by rhetorical arguments, between historical Roman patriotism and normative cosmopolitism, between mixed constitution and natural law.

Keywords: Cicero, rethoric, constitution, natural law.

---

[1] Profesor de Filosofía Política del Departamento de Filosofía de Murcia. Autor de los libros *La política del cielo. Clericalismo jesuita y Estado moderno* (Olms Verlag), *Republicanismo calvinista* (Res publica), *Reacción y revolución en la España liberal* (Biblioteca Nueva) y *El dios de los tiranos. Un ensayo sobre el absolutismo y la teología política* (Anthropos). E-mail: anrivera@um.es.

Se equivocan quienes sólo ven en CICERÓN a un filósofo antiguo, cuyas preocupaciones filosóficas, jurídicas o políticas se hallan muy lejos de las nuestras. Ése no es el CICERÓN de este artículo, donde, a partir sobre todo de sus dos grandes diálogos políticos, abordamos tres problemas que, más de dos mil años después de la muerte del republicano romano, siguen siendo cuestiones esenciales para la filosofía política. Me refiero al problema de la retórica o a la separación entre filosofía y política; a la constitución mixta que, como es sabido, se encuentra en el origen de la moderna división de poderes; y a la ley natural o a la cuestión de la justicia, que, a su vez, plantea el problema de si es posible un republicanismo de corte cosmopolita, capaz de favorecer la unión entre las repúblicas o Estados.

1. FILOSOFÍA Y POLÍTICA: LA CUESTIÓN DE LA RETÓRICA

La retórica puede ser definida como la fatigosa producción de un acuerdo (*consensus*). Los presupuestos de la retórica, falta de evidencia y compulsión a la acción, se derivan de la deficitaria y mortal naturaleza del ser humano. En oposición a una disciplina como la filosofía que promete verdades eternas o certidumbres definitivas, la retórica sabe arreglárselas con lo probable o lo provisional. En lugar de la verdad filosófica, el ideal de la retórica es el *consensus,* el asentimiento conseguido como resultado del arte de persuadir. La muy republicana persuasión siempre se da entre iguales, y por eso necesita para desarrollarse de gobiernos donde impere la libertad política. Se trata asimismo del medio más opuesto a la violencia, ya que únicamente se puede persuadir mediante argumentos en un debate o a través de un discurso elocuente. En contraste con la ciencia clásica que persigue la evidencia de la verdad, el fin de la retórica, la comunicación o el acuerdo político, se caracteriza por su insuperable provisionalidad. Desde el punto de vista retórico puede ser más racional tratar con enunciados probables o teóricamente dudosos, pero idóneos para impulsar la praxis, que proceder de un modo científico y retrasar, suspender, indefinidamente, la decisión hasta encontrar la verdad buscada. El segundo presupuesto de la retórica, la compulsión a la acción, la precipitación incluso, se debe a la precaria estructura temporal que sustenta a la política y a la retórica. La ciencia puede soportar la provisionalidad de sus resultados y esperar hasta tener evidencias porque el *tempo* de la teoría es el *tiempo del mundo,* y no el de la corta vida humana. En cambio, la retórica, por estar vinculada al saber político, está obligada a proporcionar una rápida decisión. Los problemas políticos, en la medida que conciernen a un ser finito, mortal, deben resolverse en un plazo relativamente breve. No podemos esperar, como hace la ciencia, a que nuestras hipótesis se verifiquen. Por el contrario, debemos trabajar con lo provisional y aceptar el resultado de la persuasión retórica como si fuera definitivo, ya que el tiempo de la praxis, el de la política, coincide con el limitado *tiempo de la vida*[2].

CICERÓN, interesado fundamentalmente por la política y sus retos, asume esta diferencia entre el conocimiento científico y el retórico. Reconoce que el saber contenido

[2] *Cfr.* BLUMENBERG, H., 1999: *Las realidades en que vivimos,* Barcelona: Paidós.

en sus dos principales diálogos políticos, *De Republica* y *De Legibus,* tiene bastante de probable, verosímil o provisional. No en vano suele encuadrarse dentro del escepticismo académico, de la corriente filosófica antigua caracterizada por considerar imposible llegar a un conocimiento absoluto. BLUMENBERG, en un iluminador capítulo de *Paradigmas para una metaforología* dedicado a la verosimilitud, nos ha explicado que el escepticismo académico es más consecuentemente platónico de lo que parece a primera vista[3]. No resulta disparatado hablar de un "resto platónico" en la obra de CICERÓN y, por extensión, en el escepticismo académico. Tal resto se debe a que en la raíz de la conformidad con lo probable se halla un muy platónico exceso de trascendencia de la verdad[4]. El escepticismo académico sería así una respuesta a esa amplificación del carácter trascendente de los enunciados verdaderos que podemos apreciar en el último PLATÓN, en el filósofo de la «desesperada inalcanzabilidad de la verdad»[5]. En el *Timeo* (75d) se afirma que lo *eikós,* lo semejante a lo verdadero (lo verosímil), puede convertirse en sustituto de la más completa evidencia y salvar las investigaciones. Mientras la certeza absoluta tiene una dignidad teológica, pues sólo llega a ser alcanzada por la criatura humana con el consentimiento de la divinidad, lo verosímil resulta, sin embargo, apropiado para el estado temporal del hombre. Y en el *Critias* (107d), la escasa verosimilitud de nuestras consideraciones sobre lo celeste y divino, la lejanía de la trascendencia, contrasta con la exactitud de nuestros juicios sobre los asuntos humanos. El "resto platónico" del escepticismo académico consiste precisamente en poner de relieve el contraste entre evidencia práctica y oscuridad teórica. Lo *verosímil,* que no es más que una metáfora de lo probable, permite, por tanto, al escepticismo moverse con comodidad en el ámbito antropológico y confiar en la praxis política y en la exigencia de felicidad del hombre.

CICERÓN únicamente puede ser considerado platónico en cuanto admite la distancia que separa la teoría de la praxis, la verdad de lo probable[6]. A pesar de partir de la reflexión estoica sobre la ley natural, el jurista romano nunca se resigna a la *epojé* estoica y pone la distinción entre evidencia práctica y oscuridad teórica al servicio de las verdaderas necesidades humanas. Mientras los dogmáticos luchan por alcanzar la verdad, y entre tanto suspenden el juicio, los escépticos, incluso sin haber alcanzado la verdad, pueden argumentar, deliberar, elegir y tomar enseguida una decisión. La postura del escepticismo académico en favor de lo probable viene exigida por las necesidades éticas y políticas, como explica CICERÓN en el *Lucullus:* «entre nosotros y los que creen saber sólo hay una diferencia: ellos no dudan de la verdad de lo que defienden; nosotros, por el contrario, consideramos como probable gran número de opiniones y creemos que se las puede seguir, pese a no hacer ninguna afirmación sobre ellas»[7], esto es, pese a no ser más que probables. La primacía de la dimensión práctica se puede observar también cuando advertimos que el valor de lo probable (*probabile*) depende de su conveniencia política, de su fiabilidad orientativa y de su dimensión antropológica; en suma, de que le sirva al hombre para vivir en el mundo. En caso contrario, lo probable se transformaría en *captiosa probabili-*

---

[3] BLUMENBERG, H., 2003: *Paradigmas para una metaforología,* Madrid: Trotta, p. 172.
[4] BLUMENBERG, 2003: p. 181.
[5] BLUMENBERG, 2003: pp. 172-173.
[6] BLUMENBERG, H., 2004: *Salidas de la caverna,* Barcelona: Paidós, p. 166.
[7] CICERÓN, M. T., *Lucullus,* proem. 8, cit. en BLUMENBERG, 2003: p. 174.

tas[8]. Desde este enfoque, el iusnaturalismo que trataremos en el último punto, la tesis sobre la ley natural, quizá deba conformarse con ser una mera probabilidad, pero contar con una idea de justicia y de *humanitas* favorece el *consensus iuris,* sin el cual no resulta posible fundar una *respublica.*

Con la metáfora de lo verosímil (*verisimili*), CICERÓN pretende expresar que lo probable está muy próximo a lo verdadero (*prope verum*)[9], que participa de su apariencia y esencia, y que basta con lo verosímil para seguir avanzando en un mundo como el de la política, donde siempre se precisa dar una rápida respuesta. La fiabilidad del parecerse-a-la-verdad (*verisimili*), de lo probable, satisface la necesidad humana de orientación en el mundo y cumple la esencial función política de favorecer el acuerdo y la toma de decisiones. En cambio, el epicureísmo pone lo verosímil al servicio de la *ataraxía,* de la «equivalencia emocional de todas las opciones doxográficamente adquiribles sobre cualquier cosa»[10]. Este contraste entre escepticismo académico y epicureísmo puede apreciarse perfectamente en la manera de abordar el tema de la naturaleza de los dioses. Desde el apoliticismo epicúreo, las divinidades no se interesan por los problemas humanos. Para un CICERÓN, esta indiferencia epicúrea de los dioses ha de llevar forzosamente a una pérdida de sentido del mundo y a una existencia alejada del foro público. Por eso, el filósofo romano, siempre guiado por el criterio de la conveniencia política, por saber si el culto público de los dioses beneficia a la república, y no por intereses teóricos o teológicos, sostiene la tesis, aunque sólo sea probable, de que los dioses sí gobiernan el mundo y no se desinteresan por la suerte de los mortales. En este contexto el pensamiento estoico sobre la ley natural, sobre un universo donde hombres y dioses reconocen las mismas leyes, se transforma en un aliado inestimable del fin político[11].

El diálogo ciceroniano quizá sea la forma literaria más apropiada para expresar este saber práctico, el ético y político, fundado en lo probable. El filósofo utiliza este género, en parte por su admiración hacia PLATÓN, pero también para «ocultar sus propias opiniones, librar a otros del error y en toda disputa buscar la solución más probable»[12]. El diálogo permite presentar opiniones en conflicto y dejar cierta libertad al lector, pues, si bien el escritor guía la discusión, «echa sobre el lector la carga de seguir el argumento hasta su conclusión»[13]. Se trata así del género literario más acorde con los principios de libertad y recta razón que imperan en una auténtica *respublica.*

Seguramente la transvaloración y demonización de lo *verisimili* comienza, como señala BLUMENBERG, con LACTANCIO, con un filósofo que convierte lo verosímil en una mera apariencia, mucho más cercana de la falsedad que de la verdad. En esta transvaloración influye decisivamente la concepción estoica de la verosimilitud, lo cual prueba, por otra parte, los límites del estoicismo ciceroniano. En opinión de los discípulos de la Stoa, la soberanía de la razón implicaba libertad para la *epojé,* para recha-

---

[8] CICERÓN, M. T., *De finibus,* III, 21, 72, cit. en BLUMENBERG, 2003: p. 172.
[9] CICERÓN, M. T., *De oratore* [=*DO*], I, 240.
[10] BLUMENBERG, 2003: p. 170.
[11] BLUMENBERG, 2004: pp. 167-168.
[12] CICERÓN, M. T., *Tusculanas,* V, 11.
[13] HOLTON, J. E., «Marco Tulio Cicerón», en STRAUSS, L., y CROPSEY, J., 1996:, *Historia de la filosofía política,* México: FCE, p. 160.

zar adherirse a una posición que careciera de la fiabilidad absoluta de la verdad. Lo verosímil, lo propio de la retórica, el contentarse con lo probable y tomar una pronta decisión, llevaba desde este punto de vista a una conducta compulsiva y arrebatada, mientras que la dialéctica estoica, con su ausencia de precipitación, se basaba en una razón, la ecuanimidad, lo suficientemente fuerte para no caer en la tentación de lo verosímil [14].

Vuelvo a insistir en que lo probable o verosímil sólo puede defenderse desde una perspectiva que, como la de CICERÓN, afirma la primacía de la *vida práctica.* En los diálogos del romano está muy presente la polémica entre sabiduría y prudencia, vida especulativa y práctica, filosofía y política. En ellos podemos leer argumentos en favor de una u otra opción. Tiene razón LABROUSSE cuando señala que los elogios de CICERÓN a la sabiduría deben tomarse con cierta reserva y verse más bien como un «sincero homenaje a la tradición filosófica» [15]. Éste es el caso de aquellos pasajes de la *República,* donde claramente se habla de la inferioridad del saber relativo a las cosas humanas o políticas con respecto a la filosofía o la meditación de las cosas eternas y divinas [16]. También el célebre sueño de Escipión (*somnium Scipionis*) del libro sexto de este diálogo, en el cual se garantiza una recompensa ultraterrena, la eternidad, al buen político, al ciudadano que se ha distinguido por ayudar a conservar y aumentar la patria, puede ser analizado como una devaluación de la gloria humana y de la vida política. Especialmente melancólicos resultan los fragmentos en los que la tierra y todo lo humano aparecen como algo insignificante y despreciable en relación con las cosas celestiales [17]. O aquellos otros en los que la gloria mundana, lejos de ser duradera, está destinada a desaparecer bajo el peso del inexorable olvido que conlleva la mortalidad de todo lo humano [18]. Pero esta inconsolable verdad filosófica, tan poco motivadora para emprender el camino de la praxis, se pronuncia en el marco retórico de un sueño que, con la promesa de una recompensa celeste para el hombre público, nos devuelve al mundo de lo probable. Es decir, la insistencia filosófica en la precariedad de las cosas terrenas y de la inmortalidad de las almas tiene asimismo una función muy política, pues induce a los ciudadanos a que perseveren en el servicio público aunque a ámbio no reciban más que la incomprensión y la hostilidad de sus contemporáneos [19].

Los argumentos a favor de la vida práctica son, no obstante, los más sinceros. En el primer libro de la *República,* antes de comenzar el diálogo entre los personajes, CICERÓN nos ofrece una magnífica defensa de los principios republicanos, y sobre todo

---

[14] BLUMENBERG, 2003: p. 178.

[15] LABROUSSE, R., «Introducción», en CICERÓN, 1989: *Las Leyes,* Madrid: Alianza.

[16] «¿Qué puede considerar como importante en las cosas humanas quien haya investigado los reinos divinos, o como permanente quien sepa lo que es eterno, o como glorioso quien vea qué pequeña es ya la tierra entera [...]» (CICERÓN, M. T., *Sobre la república* [=*DR*], I, 26); «¿Qué gobierno supremo, qué magistratura, qué reinado puede ser más excelente que el de quien, despreciando todo lo humano y considerándolo indigno de la filosofía, no medita más que lo sempiterno y divino, y está convencido de que aunque los otros hombres pueden llamarse tales, sólo lo son realmente los educados en las humanidades?» (*DR,* I, 28).

[17] «Pero si [la tierra] te parece pequeña, como efectivamente es, mira siempre estas otras cosas celestiales y desprecia aquellas otras humanas» (*DR,* VI, 20).

[18] «No pongas la esperanza de tus acciones en los premios humanos [...] allá los otros con lo que digan de ti [..] jamás fue perenne la fama de nadie, pues desaparece con la muerte de los hombres y se extingue con el olvido de la posteridad» (*DR,* VI, 25).

[19] NARDUCCI, E., 1992: *Introduzione a Cicerone,* Bari: Laterza, p. 135.

de esa virtud política que exige perseguir el bien común a través del gobierno de la ciudad. Merece la pena que repasemos brevemente los argumentos que encontramos en este comienzo, una de las cimas del pensamiento republicano clásico. CICERÓN empieza resaltando la necesidad de virtud cívica, de una virtud que no se puede tener sólo en teoría. De ahí que, desde el principio, la verdad, el mundo de la especulación, sea insuficiente para la política: «así como puede ciertamente tenerse la teoría de una ciencia aunque no se practique», esta virtud «consiste enteramente en la práctica, y la práctica principal de la misma es el gobierno de la ciudad, y la realización efectiva, no de palabra, de todas aquellas cosas» que los filósofos «predican en la intimidad de sus reuniones» (*DR,* I, 2). Esta virtud exige del ciudadano que haga «libremente lo que las leyes le obligan a hacer» (*DR,* I, 3), pues en una república, a diferencia de lo que expondrá en la época moderna el liberalismo, no debe haber ninguna contradicción entre la libertad y la obligación legal justa o derivada del *consensus omnium.* CICERÓN añade que una república bien constituida por su *ius publicum* y sus *mores* resulta preferible a cualquier discurso filosófico sobre la materia política, y por esta razón afirma la superioridad del *homo politicus* sobre el mero sabio o filósofo[20].

En contra de la opinión de las sectas epicúrea y estoica, CICERÓN sostiene que los prudentes hombres de gobierno son muy superiores a aquellos ciudadanos que deciden apartarse de los asuntos públicos. El jurista, lejos de atender «las señales que tocan a retirada» (*DR,* I, 3), se alza contra las razones alegadas por quienes pretenden recogerse en «su jardincillo muelle y delicioso». Para los enemigos de la vida práctica o del *republicanismo,* la defensa de la patria exige un esfuerzo desproporcionado, hasta el punto de que en situaciones excepcionales el ciudadano ha de poner en riesgo su propia vida. Por si esto no fuera poco, los hombres más famosos de la *respublica,* los más reconocidos por su virtud pública, sufren muchas desgracias e incluso la ingratitud de sus conciudadanos. CICERÓN replica a estos argumentos tan antirrepublicanos señalando que un hombre activo y prudente nunca siente las cargas políticas como demasiado pesadas, más allá de que resulte vergonzoso tener miedo a la muerte cuando se trata de un destino ineluctable. Mucho peor resulta «consumirse por la vejez natural que el tener ocasión de dar enteramente por la patria aquella vida que, después de todo, debe darse a la naturaleza» (*DR,* I, 4). Este motivo, el *«dulce et decorum est pro patria mori»,* constituye uno de los más conocidos principios de la austera y antigua virtud cívica republicana; principio que, desde MONTESQUIEU, se considera como una de las pruebas más evidentes de que el ascético republicanismo no conviene al sujeto moderno, al *homo economicus.* También resulta falso, añade CICERÓN, que la experiencia política solamente conlleve sinsabores. Para demostrarlo, alude a sus propias vivencias durante la época del consulado, e indica que el honor, la gloria y el reconocimiento del pueblo compensó todos sus sufrimientos (*DR,* I, 7). Mas, aunque esta gloria o recompensa mundana no llegue, siempre queda, como ya sabemos, el consuelo prometido en el sueño de Escipión.

El buen ciudadano no es, sin embargo, para CICERÓN un héroe, un mártir que, sin ninguna contraprestación, se lanza en defensa de la patria. El mismo republicano

[20] «El ciudadano que es capaz de imponer a todos los demás, con el poder y la coacción de las leyes, lo que los filósofos, con sus palabras, difícilmente pueden inculcar a unos pocos, debe ser más estimado que los mismos maestros que enseñan tales cosas» (*DR,* I, 3).

MAQUIAVELO dirá siglos más tarde, en el capítulo XII de *Il Principe,* que las buenas armas, la defensa de la patria por los propios ciudadanos y no por mercenarios, depende de buenas leyes republicanas, esto es, de la concesión de la libertad política a todo el pueblo. La *respublica,* la patria, nos exige en muchas ocasiones abandonar el *jardín,* hacer frente a la tempestad política y «procurar común sosiego a los demás a costa de mis propios riegos» (*DR,* I, 7). Ahora bien, esta obligación la asumimos porque sin ella careceríamos de libertad y calma para el ocio. De modo similar a la relación que entre hombres y dioses se da en el diálogo *De natura deorum,* CICERÓN establece ahora entre patria y ciudadano una especie de relación contractual, en la que el ciudadano se sacrifica porque la sociedad política ofrece lo necesario para que desarrolle sus virtudes, fundamentalmente sociales o políticas, y alcance la felicidad. Para explicar esta relación, el autor romano llega a utilizar la metáfora de la relación entre deudor y acreedor pignoraticio en el siguiente fragmento: «no nos engendró ni educó la patria con la condición de que no pudiera esperar de nosotros unos, diríamos, alimentos, y nos procurara ella a nuestro ocio un refugio seguro [...], sino que se tomó ella en garantía, para su propio interés, gran parte y lo mejor de nuestro valor, ingenio y prudencia, y nos dejó para nuestro particular provecho tan sólo lo que le pudiera sobrar a ella» (*DR,* I, 8). Otras excusas alegadas por quienes se apartan de la vida pública, y que CICERÓN rechaza contundentemente, consisten en decir que sólo se dedican «a la política personas que no valen para nada» (*DR,* I, 9), o que los sabios toman parte en los asuntos públicos únicamente en situaciones apremiantes, excepcionales o tempestuosas. Mas, tratándose de un saber práctico, la réplica de CICERÓN a esta última excusa no puede ser más certera: «el sabio no debe en modo alguno descuidar esa ciencia de los asuntos civiles, por la razón de que debe prepararse en todo aquello que no sabe si alguna vez tendrá necesidad de ejercitar» (*DR,* I, 11). Los mejores hombres, como los *Siete Sabios* griegos, son expertos en la política, y demuestran que «no hay nada en lo que la capacidad humana se acerque más a lo divino que la constitución de nuevas ciudades y la conservación de las ya constituidas» (*DR,* I, 12). En esta materia, concluye CICERÓN, lo mejor es combinar la experiencia y la sabiduría: «tener autoridad, no sólo por la práctica, sino también por la dedicación al estudio y enseñanza» (*DR,* I, 13).

Aunque se puede notar todavía un *resto platónico* en la obra de CICERÓN, es preciso reconocer que la *República* del romano es muy distinta de la del griego. PLATÓN acaba vinculando la política o la sabiduría práctica a la filosofía, pues su rey-sabio no puede ser un buen gobernante si antes no ha alcanzado las más altas cumbres de la contemplación[21]. En el discurso de CICERÓN no sólo verdad y política aparecen separadas, sino que, con mucha frecuencia, se antepone la utilidad política a la verdad filosófica, hasta el punto de que el mismo mundo de los dioses está sometido al discurso de lo probable. Esta superioridad de la sabiduría práctica sobre la teorética se desprende de estas palabras pronunciadas por el Escipión de la *República* en favor del giro antropológico de SÓCRATES: «yo suelo considerar [...] más sabio a Sócrates, que dejó de interesarse de todo eso [fenómenos celestes], y decía que lo relativo a la investigación de la naturaleza, o es superior al alcance de la razón humana, o en nada afectaba a la vida de los hombres» (*DR,* I, 15). En esta misma línea, LELIO se expresa

[21] LABROUSSE, 1989: p. 70.

sobre la inutilidad del estudio de los fenómenos naturales y divinos y sobre la necesidad de dedicarse preferentemente a «las disciplinas que nos hacen útiles a la ciudad» (*DR,* I, 33)[22].

En otras ocasiones parece que CICERÓN quiere conciliar vida práctica y conocimiento teórico, o la dimensión histórica de la política y la abstracta de la filosofía. Se diría entonces que la vida mejor es, como indica HOLTON, «la vida de acción iluminada por la filosofía»[23]: «si alguno creyó que debía añadirse, a las facultades que tiene el alma por su naturaleza y educación civil, un estudio superior y un más pleno conocimiento de las cosas [...], nadie dejará de anteponer tales personas a las demás. Porque, ¿qué puede haber más ilustre que la unión del ejercicio práctico de los asuntos más importantes y del estudio y conocimiento de aquellas disciplinas?» (*DR,* II, 5). Los mejores estadistas son aquellos que «aplicaron la doctrina extranjera de un Sócrates a la tradición patria de los antepasados» romanos. Por eso los ciudadanos más ilustres pueden hacer ambas cosas: «instruirse a la vez con la enseñanza de los antepasados y con la doctrina», esto es, a través de la vía de la prudencia, del ejemplo histórico, y de la ciencia (*DR,* II, 6).

CICERÓN se levanta asimismo contra el error filosófico de menospreciar el principal instrumento de la política, la retórica, y en especial de una de sus partes, la elocuencia o la oratoria[24]. La vida de la república, siempre marcada por la necesidad de llegar a acuerdos entre los ciudadanos, precisa del arte de la persuasión tanto en los discursos como en la discusión dialéctica, por cuanto se trata del medio más eficaz para que los diferentes ciudadanos se vinculen en una empresa común. Si el poder político está unido a la persuasión, al arte retórico, resulta lógico que los peores discursos políticos sean los más oscuros o difíciles de comprender[25]. Tan elevado papel desempeña la retórica que la fundación de la *respublica,* incluso de la mítica primera ciudad, depende, según CICERÓN, de este arte político. Fue un orador, gracias a la magia de su discurso, a la elocuencia de su verbo, quien logró unir a los hombres primitivos, los cuales se hallaban dispersos hasta ese momento, y agruparlos en torno a ciudades regidas por leyes. Se comprende así que la elocuencia sea considerada como «una de las virtudes supremas, y tal vez la más hermosa y brillante de todas» (*DO,* III, 55).

La persuasión no sería posible si todos los ciudadanos no fueran capaces de juzgar correctamente qué discursos o explicaciones tienen como objeto el bien común. CICERÓN afirma de este modo la igualdad de todos los hombres en relación con la facultad pasiva de juicio, la propia de un espectador y no de un magistrado, si bien es cierto

---

[22] Claramente indica LELIO en este pasaje que la política tiene que ver con lo posible o probable: «O no podemos de estas cosas [fenómenos celestes] saber nada, o, si sabemos mucho, no podemos hacernos mejores ni más dichosos con ese conocimiento; en cambio, el tener un solo senado y un solo pueblo, es *cosa posible,* y sabemos iría muy mal que no fuera así, y antes bien sabemos y vemos que podemos vivir mejor y más felices si esto se consigue» (*DR,* I, 32).

[23] HOLTON, 1996: p. 164.

[24] «¿Puede verse algo más formidable y más grandioso que la elocuencia de un solo individuo transformando los impulsos del pueblo, las convicciones de los jueces y el grave estado del senado?» (*DO,* I, 31).

[25] «Los propios discursos que introduce presentan tantas frases oscuras y de significado oculto que apenas pueden ser entendidas, cosa que en los discursos políticos es el mayor de los defectos» (CICERÓN, 1991: *El Orador* [=*O*], Madrid: Alianza, 30, p. 46).

que las diferencias entre las personas instruidas e ignorantes, entre los sabios y los hombres más comunes, pueden llegar a ser muy grandes con respecto a las competencias activas o creativas, como, por ejemplo, construir bellos y elocuentes discursos o discutir y hablar perfectamente. El jurista romano lo confirma en un fragmento del *De oratore* que ha servido a Hannah ARENDT para indicar que la facultad política por excelencia, el sentido común a todos y necesario para crear una *respublica,* es la capacidad de juicio[26]. Todo parece indicar que esta facultad racional o *sentido común* tiene un carácter esencialmente crítico y negativo, pues sirve más para descubrir la falsedad que para pronunciar la verdad. El juicio que estimula la persuasión retórica se halla del lado de lo probable o verosímil porque el acercamiento a la verdad pasa primero por el *rodeo* —una figura esencialmente retórica— de descubrir lo falso[27]. Por lo demás, con el concepto de *sentido común* se dirige CICERÓN contra el elitismo de los estoicos, para quienes únicamente los sabios poseían la cordura y libertad suficientes para juzgar correctamente. Mas si tuvieran razón los estoicos, los cuales estaban convencidos de que entre sus oyentes no había «un solo hombre cuerdo, un solo ciudadano o un solo ser libre», sería «absurdo hacer convocar al pueblo al senado, o a cualquier otra asamblea» (*DO,* III, 65), e incluso dejaría de tener sentido fundar y conservar una república.

En los escritos de retórica, CICERÓN desea en cierto modo volver al ideal de ISÓCRATES y conciliar el genio filosófico con la excelencia retórica o con el perfecto estilo de los discursos y discusiones. El orador de CICERÓN es un hombre completo, filósofo, jurista y político al mismo tiempo. Se diría que nos encontramos ante un humanista *avant la lettre.* No obstante, el objetivo de la política, la persuasión que conduce al acuerdo o al poder político, se impone sobre el fin de la filosofía, la verdad. En este contexto de la obra de CICERÓN, la filosofía proporciona al retórico el conocimiento, el contenido, que debe explicar y defender en el discurso y la discusión[28]. CICERÓN se muestra poco platónico, a pesar del resto ya citado, cuando no sólo subordina la filosofía al fin político o a la sabiduría práctica, sino que incluso considera la retórica como un saber más completo que la filosofía: «si preguntamos por lo más excelente, tendremos que dar la palma al orador sabio, y, si le conceden la calidad de filósofo,

---

[26] «Pues todo el mundo discrimina (*diiudicare*), mediante algún sentido silencioso, distingue entre lo verdadero y lo falso en cuestiones del arte y la proporción sin tener ningún conocimiento ni del arte ni de la proporción [...] en el juicio de los ritmos y la pronunciación de las palabras, pues éstas están enraizadas (*infixia*) en el *sentido común,* y ha querido la naturaleza que en tales casos nadie sea del todo incapaz para percibirlas y experimentarlas (*expertus*)» (*DO,* cit. en ARENDT, H., 1984: *La vida del espíritu,* Madrid: CEC, p. 525).

[27] En el muy político diálogo *De natura deorum* se insiste en la mayor facilidad para descubrir lo falso: «no suele acudir a mi mente con la misma facilidad el argumento en virtud del cual una cosa es verdadera, como el argumento en virtud del cual es falsa [...] Si me pidieras que dijese cómo es la naturaleza de los dioses, seguramente no respondería nada; si me preguntaras si pienso que es tal y como tú expusiste hace un momento, diría que no hay cosa que me lo parezca menos» (CICERÓN, M. T., 2000: *Sobre la naturaleza de los dioses,* Madrid: Gredos, I, 57); «¡Ojalá pudiera tan fácilmente encontrar la verdad, como poner en evidencia la falsedad!» (CICERÓN, 2000: I, 91, p. 126). *Cfr.* BLUMENBERG, 2003: p. 100.

[28] «Sin una formación filosófica no podemos distinguir el género y la especie de ninguna cosa, ni definirla, ni clasificarla, ni juzgar lo que es verdadero y lo que es falso, ni analizar las consecuencias lógicas, ver lo contradictorio y distinguir lo ambiguo» (CICERÓN, 1991: pp. 37-38). Sin la filosofía «no podrá hablar ni explicar con profundidad, con amplitud y con abundancia, nada sobre la religión, muerte, piedad, amor a la patria, el bien y el mal, la virtud y el vicio, etc. Se trata, en suma, de que "el orador tenga del tema del que va a hablar un conocimiento digno de oídos cultos antes de pensar con qué palabras o de qué manera lo dirá"» (CICERÓN, 1991: p. 86).

ya no habrá discusión. Pero si separan al orador del filósofo, tendrán que confesar que en el orador perfecto reside toda la ciencia filosófica, mientras la elocuencia no forma parte necesariamente del saber de los filósofos» (*DO,* III, 143). En realidad, el orador sólo requiere en materia filosófica una cultura general, la imprescindible para el foro, y no esa larga preparación que PLATÓN exigía a sus discípulos[29]. En contra del fundador de la Academia y en afinidad con la sofística, la primacía de la política y del *consensus* obliga finalmente a CICERÓN a establecer una nueva síntesis de filosofía y retórica, aunque a partir de Lactancio ambas disciplinas volverán a disociarse, y la retórica entrará en decadencia por el imperio filosófico o teológico de la verdad[30].

2. *DE OPTIMA POLITIA:* LA CONSTITUCIÓN MIXTA

CICERÓN define la sociedad política en el primer libro de la *República:* «la cosa pública (*res publica*) es lo que pertenece al pueblo; pero pueblo no es todo conjunto de hombres reunido de cualquier manera, sino el conjunto de una multitud asociada por un mismo derecho que sirve a todos por igual» (*DR,* I, 39). *Res publica* aparece así vinculada al concepto jurídico de pueblo. Lo importante de esta definición consiste en que el *pueblo* nace de un *consensus iuris* que tiene como objetivo el bien común. En esta línea de pensamiento, CICERÓN escribe en otro fragmento que las repúblicas son «agrupaciones de hombres unidos por el vínculo del derecho (*concilia coetusque hominum iure sociatati*)» (*DR,* VI, 13). Esta última definición permite apreciar claramente las diferencias entre la *respublica* ciceroniana y la de los filósofos griegos. Para el romano, el vínculo cívico, acentuado por el concepto de *consensus iuris,* parece ser sobre todo jurídico, esto es, consiste en la posesión de iguales derechos y deberes, mientras que los filósofos griegos, por decirlo con un lenguaje contemporáneo, serían más comunitaristas e insistirían en que dicho vínculo se basa en una común concepción de la vida y del bien. Por lo demás, el componente jurídico de la definición de *respublica* resulta esencial para que pueda darse una de las mayores originalidades del republicanismo ciceroniano con respecto al griego: la armonización entre el patriotismo romano y el cosmopolitismo de origen helenístico que se deduce del concepto de *ius* o de ley natural, y que abordaremos en el tercer punto.

Junto al *consensus iuris,* el otro elemento fundamental para poder hablar de *res publica* es la igualdad. Ciertamente, no se trata de una igualdad de fortunas ni de inteligencias, sino de derechos y deberes (*DR,* I, 49). Sin esta igualdad jurídica no hay libertad, en el sentido antiguo de facultad para participar en la esfera política, ni menos aún gobierno del pueblo. El problema para el Escipión de CICERÓN reside en que este gobierno tiende a la igualdad sin moderación, a no reconocer que la atribución de cargos políticos exige la distinción de personas y dignidades.

Mas antes de abordar la crítica del gobierno popular, debemos señalar que, para CICERÓN, la causa originaria de la transformación de la multitud en un pueblo «no es

---

[29] «Un hombre inteligente que se destina al foro, a la curia, a los tribunales y a la política, no necesita dedicarle tanto tiempo como hicieron aquellos que murieron estudiándola» (*DO,* III, 86). Sobre la relación entre elocuencia y sabiduría, *cfr.* LABROUSSE, 1989: pp. 70-73.

[30] BLUMENBERG, 2003: pp. 103-104.

tanto la indigencia humana, cuanto cierta como tendencia asociativa natural de los hombres, pues el género humano no es de individuos solitarios» (*DR,* I, 39). Como buen republicano, CICERÓN se aparta de la individualista doctrina contractual de los epicúreos y sigue la aristotélica de la sociabilidad natural de los seres humanos. Realmente, si el hombre no tuviera naturaleza política, difícilmente podría hablarse de republicanismo.

Para poder perdurar, el pueblo y la república se rigen por un gobierno que debe estar siempre al servicio de la primera causa por la cual se instituye la sociedad política: el bien común. El tipo de república depende de la forma del gobierno (*DR,* I, 47), cuyas modalidades sencillas son las habituales, monarquía, aristocracia y democracia. «Cualquiera de estas tres formas —leemos en el diálogo—, si sirve para mantener aquel vínculo que empezó a unir en sociedad pública a los hombres, no es perfecta ciertamente, ni ninguna de ellas, en mi opinión, es la mejor, pero sí es tolerable» (*DR,* I, 42). Según CICERÓN o, más bien, según su personaje Escipión, los reyes que dirigen bien al pueblo se caracterizan por su amor paternal, los nobles por su prudencia o por el gobierno de la virtud, y los pueblos por la defensa de la libertad o de la completa igualdad de derechos (*DR,* I, 55).

Cada uno de estos regímenes tiene inconvenientes. En los reinos hay poca libertad, ya que los ciudadanos están demasiado apartados de toda actividad relacionada con el Derecho y el gobierno. Además, se trata de un régimen político sometido en gran medida al azar, pues a un buen rey que favorezca, como Rómulo, el bien público puede suceder otro monarca cruel y desenfrenado, como es el caso de Tarquinio, el monarca responsable de hacer odioso para los romanos el nombre de rey (*DR,* II, 52). Por todo ello resulta «inestable la suerte de un pueblo que depende de la voluntad y talante de una sola persona» (*DR,* II 50). CICERÓN emplea la metáfora de la bestia, una de las más utilizadas a lo largo de la historia del pensamiento político, para describir al tirano que no persigue el bien común y destruye la comunidad política de derecho[31]. Como es sabido, en la historia de esta metáfora tiene lugar un cambio decisivo con MAQUIAVELO, el publicista que asume el lado "bestial" de la política en el capítulo XVIII de *Il Principe,* donde el gobernante aparece como un centauro, mitad hombre que gobierna con las leyes, mitad bestia que gobierna con la fuerza del león o la astucia de la zorra. Por contra, la república ciceroniana coincide en todo momento con el gobierno de las leyes. El despotismo sólo cabe en los regímenes defectuosos o en el ámbito familiar, el relativo al dominio de los esclavos. También la aristocracia y la democracia tienen defectos: en la primera, el pueblo o muchedumbre carece de libertad para participar en la administración de los asuntos públicos; y en el gobierno popular no se reconoce el mérito. Cuando se acentúan estos inconvenientes, cada uno de los gobiernos tiende a convertirse en su contrario: del rey sale un déspota injusto o tirano; de los nobles una facción que se limita a proteger los intereses de una parte de la *respublica;* y del pueblo, que se toma una excesiva libertad y no valora ningún mérito ni virtud, surge una turba carente de cualquier noción de bien común y propicia a emprender la vía revolucionaria (*DR,* I, 69). Más adelante, en el tercer libro, Escipión se corrige parcialmente y añade que, allí donde se impone la tiranía, el domi-

[31] El tirano es «una bestia como no cabe imaginar otra más horrorosa ni más odiosa para dioses y hombres, pues, aunque tiene apariencia de hombre, sin embargo, por la inhumanidad de su conducta supera a las fieras más monstruosas» (*DR,* II, 48).

nio de una facción o el de la multitud, ni siquiera puede hablarse con propiedad de la existencia de una comunidad de derecho o *respublica*[32].

Teniendo en cuenta la inestabilidad de estos regímenes, lo mejor «será aquella forma combinada y moderada que se compone de los tres tipos de república», por cuanto «conviene que haya en la república algo superior y regio, algo impartido y atribuido a la autoridad (*auctoritas*) de los jefes, y otras cosas reservadas al arbitrio y voluntad de la muchedumbre» (*DR,* I, 69). Las dos virtudes fundamentales de esta constitución mixta son la igualdad moderada, la compatible con el reconocimiento de dignidades y que, por tanto, no degenera en libertinaje, y, en segundo lugar, la estabilidad. El régimen mixto necesita de una cierta *igualdad* de derechos y deberes para que sea posible formar una república de hombres libres. Asimismo, mientras las tres formas puras se mudan constantemente en otras nuevas, la constitución moderada por la combinación de la potestad consular, la autoridad senatorial y la libertad del pueblo se caracteriza por su estabilidad (*DR,* II, 57). Bajo una constitución mixta son muy raros los defectos graves de los gobernantes, y por ello no sólo no hay lugar para caídas precipitadas, sino que incluso se puede retrasar indefinidamente el movimiento cíclico de degeneración.

Los personajes del diálogo de CICERÓN intentan persuadirnos de esta tesis, de que la mejor *respublica* es una armónica mezcla de los tres tipos sencillos, a través de dos vías o tipos de argumentación: la reflexión abstracta o filosófica, la que acabamos de exponer, y la referencia al exitoso ejemplo histórico de la constitución romana. Con esta doble vía se trata, primero, de superar el carácter abstracto o ideal de la república platónica. Frente a la ciudad del filósofo, más deseable que posible (*DR,* II, 52), la constitución mixta de Roma pertenece a ese tipo de acontecimientos históricos que adquieren un valor ejemplar. «De todas las repúblicas —señala a este respecto Escipión—, no hay ninguna que, por su constitución, por su estructura o por su régimen, sea comparable con aquella que nuestros padres recibieron de los antepasados y nos transmitieron a nosotros» (*DR,* I, 70). La historia del concepto de constitución mixta pone de relieve que casi todos los publicistas han tomado como modelo una constitución real, sea la de Esparta, Roma o, ya a partir de la Baja Edad Media, la de Venecia[33]. CICERÓN intenta superar también el empirismo de aquellos autores que, como los de la escuela peripatética, se habían limitado a recoger y analizar diversas constituciones, sin preocuparse por la elaboración de un modelo válido para todas las repúblicas. Por eso indica que, una vez expuesto el ejemplo de la constitución romana, acomodará a ella todo el discurso que ha de hacer sobre la mejor forma de la ciudad (*DR,* I, 70). CICERÓN está sobre todo interesado en el proceso de racionalización experimentado por la constitución de su patria a lo largo de la historia. Pretende mostrar cómo esta constitución, en contraste con la de Esparta creada por un solo legislador, Licurgo, se va aproximando paulatinamente[34], a través de la intervención de diversos legisladores, al modelo ideal buscado.

---

[32] «Hay que reconocer que no existe una república defectuosa, como decía ayer, sino que, como ahora la razón obliga a decir, no existe república alguna» (*DR,* III, 43).

[33] Sobre el problema de la constitución mixta a lo largo de la historia, véase el monográfico dedicado a la *«costituzione mista»* en la revista *Filosofia politica,* Bolonia: Il Mulino, 1/2005.

[34] «Nuestra república no se debe al ingenio de un solo hombre, sino de muchos, y no se formó en una generación, sino en varios siglos de continuidad» (*DR,* II, 2).

Entre los principales antecedentes con los cuales contaba el republicano romano para elaborar su teoría de la *constitutio permixta* cabe citar a los griegos PLATÓN, ARISTÓTELES y POLIBIO. Del primero tiene en cuenta la descripción que se hace en *Las Leyes* de la constitución espartana. De ARISTÓTELES la oposición entre gobierno mixto y estado popular, así como la defensa de una versión de constitución mixta en la que el poder de la magistratura popular está muy limitado. Quizá la influencia más evidente sea la de POLIBIO. Especial relevancia adquiere el libro VI de sus *Historias,* donde el griego comenta que la república romana, basada en el gobierno del senado, de los cónsules y del tribuno de la plebe, había llegado a tal grado de perfección que ni siquiera los romanos sabrían decir si su régimen era aristocrático, monárquico o democrático[35]. A juicio de POLIBIO, la perfección de las constituciones mixtas romana y lacedemonia permitía evitar la *anakyklosis,* esto es, la repetición cíclica de las diversas formas de gobierno. La decadencia de Roma dependía de que uno de los tres órganos constitucionales aumentara desmesuradamente su poder y desapareciera el equilibrio que existía entre los diversos poderes. POLIBIO sostenía, no obstante, la irremediable y platónica corrupción *kata physin* de las constituciones sencillas. La constitución mixta se limitaba a ralentizar esta decadencia. CICERÓN nos proporciona, sin embargo, una teoría cíclica menos rígida, dado que, en su opinión, no siempre se sigue el mismo orden en la sucesión de los regímenes defectuosos, y, además, hay mayores posibilidades de mantener con medidas correctivas el equilibrio y la estabilidad de la forma constitucional mixta. No es de extrañar así estas palabras de Escipión: «una ciudad debe constituirse de manera que resulte eterna», ya que «la muerte no es natural para una república como lo es para un hombre, para el cual, la muerte, no sólo es necesaria, sino muchas veces deseable» (*DR,* III, 34).

Otra de las peculiaridades de la obra de CICERÓN reside en la gran relevancia dada al mito de la fundación de Roma. Según Hannah ARENDT, el jurista romano captó muy bien que la praxis política consistía fundamentalmente en custodiar la herencia de la fundación, la del primer *consensus iuris*[36]. No por otra razón afirmaba que la virtud humana nunca se acercaba más a la de los dioses que en la fundación de comunidades nuevas y en la conservación de las ya fundadas. Tan sabio fue Rómulo, el fundador de Roma, que ya advirtió las virtudes de una constitución mixta. Fue consciente de la necesidad de moderar el régimen monárquico con concesiones a los aristócratas[37] y al pueblo (*DR,* II, 50).

El equilibrio característico de la constitución mixta es, para POLIBIO, el producto de un juego de contrapesos, en el que el temor juega un papel esencial, pues la realeza no cae en la arrogancia por miedo al pueblo, y el pueblo no desprecia al rey por

---

[35] «Estas tres clases de gobierno que he citado dominaban la constitución y las tres estaban ordenadas, se administraban y repartían tan equitativamente, con tanto acierto, que nunca nadie, ni tan siquiera los nativos, hubieran podido afirmar con seguridad si el régimen era totalmente aristocrático, o democrático, o monárquico. Cosa muy natural, pues si nos fijáramos en la potestad de los cónsules, nos parecería una constitución perfectamente monárquica y real, si atendiéramos a la del senado, aristocrática, y si consideráramos el poder del pueblo, nos daría la impresión de encontrarnos, sin ambages, ante una democracia» (POLIBIO, 2000: *Historias,* Madrid: Gredos, VI, 11, p. 169).

[36] ARENDT, H., 1996: «¿Qué es la autoridad?», en *Entre el pasado y el futuro,* Barcelona: Península, p. 132.

[37] «Pudo entender [...] que las ciudades se gobiernan y rigen mejor por el mando de uno solo y el poder real, si se agrega a ese poder la autoridad (*auctoritas*) de los mejores» (*DR,* II, 15).

temor a los aristócratas encargados de ejercer la justicia. La constitución mixta de CICERÓN tiende a limitar más claramente el poder del pueblo. Los tribunos de la plebe, los auténticos representantes del poder popular, no aparecen en el autor romano como una alternativa al gobierno de los cónsules, sino como un freno que permite reconducir el dominio consular a su justa medida. O en otras palabras, fueron instituidos para moderar el *imperium* de los cónsules, al igual que los cinco éforos lacedemonios fueron creados para limitar el poder real (*DR,* II, 58). Pero los tribunos de la plebe también cumplen, a juicio de CICERÓN, la imprescindible tarea de *domesticar* al pueblo y evitar las revoluciones. De un lado, el tribunado, al limitar el poder *real* o consular, sirve a los intereses de la aristocracia porque impide la formación de incontrolables poderes personales. Tampoco debe olvidarse a este respecto que una de las razones por la cual se debe preferir la constitución mixta de Roma a la de Esparta o Cartago consiste en que la primera, al haber prescindido de cualquier potestad permanente, ya no puede sufrir los defectos derivados del gobierno de una sola persona (*DR,* II,43). De otro lado, el tribuno de la plebe, por ejercer el papel de cabeza del movimiento de la plebe, actúa de freno contra la violencia subversiva del pueblo[38]. Por eso, aunque el poder del tribunado sea tan excesivo como dice el Quinto del diálogo *Las Leyes,* resulta preciso reconocer que sin estas dos virtudes de los representantes de la plebe no se podría mantener la armonía de la *respublica.*

Ahora bien, en la constitución ciceroniana, el poder efectivo o positivo, ya sea el *imperium* o la *auctoritas,* queda en manos de las clases dirigentes. Detrás de la limitación de la influencia del pueblo y de la concesión de mayor poder al senado apenas se esconde el deseo de aproximar la constitución mixta al gobierno aristocrático. Incluso el estudio de la constitución histórica romana prueba, según CICERÓN, que los momentos de mayor esplendor de la república coinciden con el dominio de los hombres principales, esto es, de los nobles o senadores (*DR,* II, 56). Es sobre todo en el diálogo *De Legibus* donde se expone el papel relevante que debe tener el senado, cuya influencia dependía enteramente del valor concedido a su autoridad.

Dicha *auctoritas* se trata de un concepto político genuinamente romano que alude al establecimiento de una jerarquía compatible con la libertad política. Se deriva del verbo *augere* (aumentar), y se refiere básicamente a la necesidad de aumentar la herencia de la fundación y de tener siempre como referencia el *consensus iuris* que da origen a la *respublica.* La *auctoritas* es, por tanto, el principal atributo de una institución, el senado, que ni ordenaba ni tomaba decisiones vinculantes. El fruto de las deliberaciones del senado, el *senatus consultus,* era una especie de directiva política que carecía de la fuerza de la *lex.* Probablemente, como sostiene MOMMSEN, era algo menos que una orden, pero más que un consejo, pues los magistrados no solían actuar sin la autorización del senado (*in auctoritate senatus*). Otro acto del senado, la *patrum auctoritas,* consistía en la ratificación de una ley previamente aprobada por el pueblo. La aceptación libre o voluntaria de estas decisiones testimonia, en cualquier caso, que la autoridad del senado no precisaba de ninguna coerción o violencia[39].

---

[38] «La fuerza bruta del pueblo es mucho más cruel y violenta; y si tiene quien la dirija, es a veces más suave que si no la tuviera. Pues el dirigente conoce los riesgos a los que se está exponiendo, mientras que las masas no abrigan en sus arranques ninguna conciencia del peligro» (*DL,* III, p. 237). *Cfr.* NARDUCCI, 1992: p. 147.

[39] *Cfr.* RIVERA, A., 2002: «Crisis de la autoridad: sobre el concepto político de *autoridad* en Hannah Arendt», en *Daimon,* n.º 26, p. 94.

CICERÓN deseaba, no obstante, reformar el senado. Con el inquebrantable propósito de garantizar la armonía de la constitución mixta, pretendía que esta institución aristocrática fuera la dueña de la política general[40]. Para ello se debía aumentar su poder haciendo que los decretos senatoriales fueran realmente obligatorios. Pero esta reforma ya reflejaba la decadencia de una institución cuyo signo de identidad siempre había sido la *auctoritas* y la consiguiente ausencia de poder coercitivo. El filósofo romano sabía, por lo demás, que la primacía del senado pasaba por una reforma moral de la *nobilitas.* Si se deseaba recuperar el brillo de épocas pretéritas, era preciso que el orden senatorial quedara sin macha y fuera un modelo para los otros órdenes (*DL,* III, p. 239). En el pasado, la aristocracia pudo imponerse con la única ayuda de su *auctoritas* porque los miembros del senado sobresalieron por la prudencia de su consejo, por la energía con la cual defendieron a la ciudad, y por su dignidad y austeridad (*DR,* II, 59),[41] mas estas virtudes ya no parecían adornar a los contemporáneos de CICERÓN. Empeñado, no obstante, en devolver el prestigio al senado, el romano reservaba en su *De Legibus* un papel esencial a la institución de la censura. Entre las funciones de los dos censores, se encontraba la de controlar las costumbres populares, pero sobre todo la de excluir del senado al indigno, al ciudadano manchado por sus vicios. En relación con este objetivo, CICERÓN atribuía a los censores una nueva función, la de guardianes de las leyes o *nomophylakes.* La organización de un depósito que permitiera conocer de un modo fidedigno las resoluciones populares y senatoriales, esto es, lo que votaron los comicios y lo que aconsejó el senado, había de servir para que los censores examinaran la actuación de los magistrados, una vez que volvieran a la vida privada, y de este modo evitar el paso al senado de los políticos corruptos[42]. En definitiva, con todas estas medidas, CICERÓN pretendía que la constitución mixta siguiera siendo aristocrática.

3. EL IUSNATURALISMO CICERONIANO O EL PROBLEMA DE LA JUSTICIA

El tercer libro de la *República* de CICERÓN plantea una de las cuestiones decisivas de la filosofía jurídico-política: si existen criterios universales de justicia a los que

---

[40] «Pues si el senado es dueño de la política general, si todos los ciudadanos respaldan sus decisiones y si las demás órdenes dejan que se gobierne el Estado por la prudencia del orden superior, es posible entonces mantener este sabio y armonioso equilibrio del Estado que nace de una justa distribución de los derechos entre el pueblo, investido de la potestad, y el senado, investido de la autoridad» (*DL,* III, p. 239).

[41] En los siguientes términos expresa CICERÓN que la aristocracia o el senado debe ser modelo para el resto de los ciudadanos: «lo peor en los grandes no es el que pequen —aunque de por sí ya es un mal serio—, sino el que tengan tantos imitadores. Pues basta con recorrer la historia para ver que así como fueron los principales ciudadanos de una república, tal fue esta república, y que cualquier cambio que los grandes introducían en sus costumbres, el pueblo no tardaba en seguir su ejemplo [...] Yo pienso que un cambio en la vida y la conducta de los nobles cambia las costumbres de las ciudades. Por eso los grandes, cuando tienen vicios, resultan particularmente perniciosos para la república, porque no sólo abrigan estos vicios en sí mismos, sino que los infunden en la ciudad» (*DL,* III, 31, p. 241). Es decir, no sólo son corrompidos sino que además son corruptores.

[42] «Que los censores procuren la conservación del texto auténtico de las leyes, y que los magistrados devueltos a la vida privada les sometan sus actos, sin que esto los exima de las penas determinadas por la ley» (*DL,* III, p. 232). Véase también, *DL,* III, pp. 247-248.

necesariamente deban atenerse las normas jurídicas creadas por el legislador humano, o, en otras palabras, si existe una ley natural. La prioridad ciceroniana de la política sobre todas las demás esferas, empezando por la filosofía, exige que la teoría de la justicia natural, la válida para todas las repúblicas y las épocas, sea más verosímil que la teoría de su carácter convencional. El *consensus iuris,* sin el cual no se puede constituir una república estable, se obtiene con más facilidad si confiamos en la posibilidad de ponerse de acuerdo en principios de justicia muy básicos. Ciertamente, se puede dudar de la existencia de la ley natural, pero los argumentos a favor de ella parecen habitualmente ciertos o probables, y, desde luego, resultan muy convenientes para gobernar y para que las leyes sean obedecidas voluntariamente. Recordemos, por lo demás, que el fin de estos diálogos es práctico y no filosófico, y que se trata, como se indica en el diálogo *De Legibus,* de promover la firme fundación de las repúblicas, de estabilizar las ciudades y de acabar con los males de los pueblos (*DL,* I, p. 182).

En el diálogo *De Republica* encontramos argumentos en contra y a favor de la existencia de una justicia objetiva y eterna. El personaje de Lucio Furio Filo asume la misión de desmantelar, basándose en las tesis del escéptico filósofo griego Carnéades, la idea de una justicia natural. En concreto sostiene, primero, que la justicia es convencional, y, segundo, que la prudencia política, la virtud consistente en perseguir el bien de la *respublica,* se opone a menudo a la justicia. La historia constitucional demuestra, según Filo, que el derecho justo constituye una simple convención establecida por los hombres y dependiente de las mudables circunstancias de cada ciudad o república. Si existiera una ley natural, el derecho sería el mismo para cualquier hombre y podría hablarse de una ley común a todos los individuos; mas el análisis empírico de las constituciones prueba la enorme heterogeneidad que existe entre los distintos ordenamientos jurídicos [43]. De ahí que, en una línea muy antirrepublicana, Filo afirme que las leyes se cumplen por su sanción penal y no por su justicia (*DR,* III, 18). Un poco más adelante, se aproxima al epicureísmo y a la filosofía moderna contraria a la naturaleza política del hombre cuando sostiene que el miedo a la supervivencia, o en todo caso la desconfianza, no sólo se convierte en la principal causa de la obediencia de los ciudadanos, sino que también se halla en el origen del mejor de los regímenes políticos, la constitución mixta: «cuando hay un respeto recíproco, de hombre a hombre, y de clase a clase, entonces, como nadie confía en sí mismo, se da como un pacto entre el pueblo y los poderosos, gracias al cual se produce ese tipo mixto de ciudad que elogiaba Escipión. En efecto, la madre de la justicia no es la naturaleza ni la voluntad, sino la indigencia humana» (*DR,* III, 23).

En segundo lugar, Filo intenta mostrar cómo «la prudencia discrepa a veces de la justicia» (*DR,* III, 16). Esta disconformidad tiene lugar sobre todo en relación con el derecho de gentes o —como diríamos hoy— con el Derecho internacional, con aquel

[43] Así lo argumenta Filo: «El derecho de que podemos hablar es tal o cual derecho civil, pero no existe uno natural, ya que, si existiera, lo justo y lo injusto sería lo mismo para todos» (*DR,* III, 13). «Si quisiera describir las distintas instituciones jurídicas, usos y costumbres, mostraría cuán diferentes son, no sólo en tantos pueblos, sino dentro de una misma ciudad, incluso en esta misma nuestra, podría yo probar cómo ha cambiado mil veces» (*DR,* III, 17). «Si la naturaleza nos hubiera promulgado el derecho de todos los pueblos, sería el mismo para todos, y no distinto para unos y para otros» (*DR,* III, 18).

ámbito jurídico donde debiera ser más evidente la existencia de un derecho natural o común a todos los pueblos. Así, por un lado, «la prudencia lleva a aumentar los recursos, a ampliar las riquezas, a dilatar los confines [...], a someter a más hombres, a disfrutar de los placeres, a prevalecer, a reinar y dominar» (*DR,* III, 24), pues «no hay ciudad tan necia que no prefiera dominar injustamente que ser justamente dominada» (*DR,* III, 28). Por otro, «la justicia manda respetar a todos, proveer por el género humano, dar a cada uno lo suyo, no tocar lo sagrado, lo público y lo ajeno» (*DR,* III, 24). En suma, Filo señala que la grandeza del pueblo romano se debe a su prudencia y no a su justicia.

Los argumentos en favor de la justicia corren de parte de Lelio. Aunque su discurso se encuentra en un estado muy fragmentario, al comienzo de su intervención encontramos un célebre pasaje (*DR,* III, 33), más tarde recogido por Lactancio, que suele reconocerse como uno de los textos inaugurales de la tradición iusnaturalista. En él se defiende la existencia de una ley natural y la posibilidad de medir de acuerdo con ella la justicia de las cosas. La herencia de este primer iusnaturalismo se transmite fundamentalmente a través de *Las Leyes,* de un diálogo muy leído en la Edad Media y moderna. El primer libro contiene una definición de ley cuya raíz estoica no puede ser más evidente: «la ley es la razón suprema impresa en la naturaleza, que ordena lo que debe hacerse y prohíbe lo contrario. Esta misma razón, una vez confirmada y desarrollada por la mente humana, se convierte en ley» (*DL,* I, 174)[44]. Aquí CICERÓN no hace más que parafrasear a uno de los padres fundadores de la escuela ateniense de la *Stoa,* CRISIPO, quien ya dijo que «el mundo es una gran república con una razón y una ley», y que «la razón natural ordena lo que se debe hacer y prohíbe lo que no se debe hacer». Obviamente, todos estos autores se refieren a la ley natural, y no a la norma jurídica escrita o creada por los hombres (*DL,* I, p. 175).

CICERÓN piensa que la criatura humana ha nacido para la justicia (*DL,* I, p. 179) y está capacitada para aprehender la ley natural, la cual equivale a la recta razón en el campo del mando y de la prohibición (*DL,* I, p. 180), porque comparte una misma razón con los dioses, porque «hay una similitud entre el hombre y Dios» o porque «nuestro universo es una sola comunidad constituida por los dioses y los hombres» (*DL,* I, p. 176). La ley eterna y verdadera de la naturaleza, la ley cuya esencia es de origen divino, resulta, por tanto, accesible a la razón implantada en todos (*recta ratio, difusa in omnes*). El reconocimiento de que existe una ley natural, de que el orden del mundo no es fruto del azar, obliga al mismo tiempo a afirmar la racionalidad del universo. El antropocentrismo ciceroniano, tan esencial para otorgar un sentido a la actividad política, llega a su punto culminante con estas palabras: «Dios quiso convertir al hombre en razón de ser del universo» (*DL,* I, p. 178). Después de leer este fragmento, queda claro que en el cosmos político de CICERÓN ni la naturaleza permanece indiferente al hombre, ni cabe hablar de un *absolutismo* de la realidad.

Para el filósofo romano, los hombres son seres sociales por naturaleza, están destinados a la convivencia, porque tienen en común la recta razón. Sin ella ni podría-

[44] La influencia estoica llega hasta la definición de ley que nos proporciona MONTESQUIEU en *El espíritu de las leyes.*

mos compartir una misma idea de justicia o de bien, ni podríamos lograr el *consensus iuris* sobre el cual se construye la ciudad. Y es que, aun siendo los hombres «desiguales en saber, poseen la misma aptitud para aprender» (*DL,* I, p. 179). Sólo las malas costumbres debilitan o apagan la luz natural de los seres humanos. CICERÓN, adelantándose en muchos siglos a los análisis de un iusnaturalista moderno como THOMASIUS, sabe que las diferencias de opinión entre los individuos, las auténticas causas de los desacuerdos y discordias, no tienen tanto que ver con el entendimiento, el cual es por naturaleza común a todos, cuanto con la debilidad de nuestra voluntad[45]. El filósofo insiste en que, gracias a la aptitud natural o común para conocer la ley natural, «el género humano constituye una sola sociedad o comunidad» (*DL,* I, p. 180). El republicanismo normativo de CICERÓN, basado en el consenso sobre el *ius,* desemboca de esta manera en el cosmopolitismo. Es decir, logra una original síntesis entre la teoría republicana y la teoría estoica de un EPICTETO, para quien el cosmos era una única ciudad inspirada por la divinidad y cada hombre un ciudadano del mundo a causa de su parentesco con Dios.

Desde un punto de vista republicano, lo importante de esta síntesis radica en que la capacidad de todos para conocer la justicia y la ley natural hace posible que la sociedad política sea buena en sí misma y que uno de los fines prioritarios del hombre sea alcanzar la virtud cívica. Para CICERÓN, el Derecho (*ius*), la justicia y la virtud cívica son fines incondicionales y se apetecen por sus méritos intrínsecos (*DL,* I, p. 186). No pueden ser medios para conseguir bienes más elevados. Por ello, el ciudadano virtuoso obra de acuerdo con el principio del deber, y «no con vistas al resultado» (*DL,* I, p. 187). Si se buscaran estos fines más allá de su valor propio, más allá del objetivo del *consensus iuris* o de la construcción de una *respublica* duradera, ya no se podría hablar realmente de justicia o de virtud[46]. En tal caso habríamos de admitir que no somos seres políticos por naturaleza, que no apetecemos estas virtudes en sí mismas, y que sólo la indigencia humana nos lleva a fundar las ciudades. El reconocimiento de la naturaleza política del hombre pasa por la defensa de la ley natural y por la capacidad del hombre para aprehenderla con su recta razón, esto es, con un sentido común —y, por ello, político— a todos los hombres. La amistad, la sociedad humana, la igualdad y la justicia no pueden dejar de ser fines incondicionales (*DL,* I, p. 187) para una teoría republicana.

Sin justicia ni ley natural, el republicanismo ciceroniano perdería su más sólido fundamento, y entonces, la política, en cuanto ámbito de lo probable o verosímil, estaría más cerca de la falsedad que de la verdad. Las leyes, el auténtico vínculo social o fundamento de la república, se obedecerían por temor al castigo o por una utilidad o conveniencia que ya no sería política. En este mundo los buenos o justos ciudadanos desaparecerían para dejar paso a hombres astutos,[47] y el *consensus iuris,* en lugar de ser un fin, sólo sería un medio para alcanzar otros fines más importantes. Finalmente,

---

[45] «Y si las malas costumbres o las distintas opiniones no torcieran a las almas débiles inclinándolas del lado que se les antoje, nadie se parecería tanto a sí mismo como todos se parecerían a todos» (*DL,* I, p. 179).

[46] Es más, el «colmo de la injusticia consiste en pedir remuneración por la justicia» (*DL,* I, p. 188).

[47] «Si lo que aparta a los hombres de la injusticia fuera sólo el castigo y no la naturaleza, los malvados no sentirían preocupación alguna tan pronto como desapareciese el temor a los suplicios»; «si lo que nos mueve a ser honrados no es más que la utilidad o el interés, entonces no somos buenos, sino astutos» (*DL,* I, p. 183).

quedaría justificada la doctrina de aquellas escuelas que aconsejan, en cuanto sea posible, alejarse de la política y retirarse a nuestro jardín privado.

En cierto modo, CICERÓN también distingue entre legalidad y legitimidad. Un régimen político, además de legal, debe ser legítimo. Sólo así los ciudadanos obedecen las leyes voluntariamente, y, por lo tanto, pueden ser libres y dejar de vivir bajo la amenaza de la coacción legal. Cuando la justicia, comenta el romano, es convencional y se reduce a la obediencia de leyes escritas o de órdenes procedentes de las instituciones políticas, cuando no hay un horizonte más allá de la legalidad, cuando la única razón común para acatar las normas jurídicas reside en la sanción penal, entonces ya no hay sólidas bases para la obediencia, ni podemos rechazar las leyes de una tiranía, ni distinguir entre las leyes de una república y las normas de una banda de delincuentes [48]. Las leyes se hacen «para bien de los ciudadanos y de las repúblicas, con vistas a la seguridad, la tranquilidad y la felicidad de los hombres» (*DL,* II, p. 199). Sin embargo, muchas decisiones perniciosas e injustas llevan, aun sin merecerlo, el nombre de ley (*DL,* II, p. 199). Para evitar que sean llamadas leyes toda esa serie de decisiones perniciosas y "pestilentes", sólo cabe reafirmar que, por naturaleza, todos poseemos un *sensus communis* que nos permite separar lo justo de lo injusto [49].

De todo ello resulta que los ordenamientos jurídicos, las leyes positivas, las normas de cada república particular o histórica deberán ser conformes con la abstracta y universal ley natural. Esta ley se reduce en el fondo a una serie de principios normativos muy básicos que permiten a todo hombre discriminar, gracias a su recta razón o *sensus communis,* entre las normas justas e injustas, o entre las formas de gobierno que, como la constitución mixta, sirven para crear una comunidad unida por el derecho y las que, como los regímenes tiránicos, hacen imposible la amistad y los vínculos sociales. Las armas retóricas, la dialéctica y la elocuencia de la oratoria, deberán emplearse con este fin político, el de persuadir a los conciudadanos de los preceptos conducentes a la salvación de la *respublica* y a la buena fama (*DL,* I, p. 192). En este punto es cierto que CICERÓN utiliza el material filosófico estoico, pero no incurre en el elitismo de la Stoa, ya que el político o retórico *consensus omnium* sigue siendo el único medio del que disponemos para aproximarnos a la verdad y a la justicia. El paso de la muy abstracta *lex naturalis* a la concreta ley positiva resulta posible porque, como leemos en las *Tusculanas,* «el acuerdo de todos es la voz de la naturaleza» [50].

La combinación, por un lado, de *republicanismo,* esto es, de patriotismo romano que como hemos visto se halla vinculado a la constitución mixta heredada de los antepasados, y, por otro, de *cosmopolitismo* de origen helenístico o estoico, aunque corregido por la retórica del *consensus iuris,* se convierte en lo más característico del pensamiento político de CICERÓN. Me atrevería a decir que en este compromiso entre el

---

[48] «Si el origen del derecho (*ius*) se encontrara en los mandamientos populares, los decretos de los jefes o las sentencias de los jueces, el *ius* consistiría en cometer robos y adulterios o en falsificar testamentos siempre que éstos fueran ratificados por los votos o las decisiones de la masa» (*DL,* I, p. 185).

[49] «Es la naturaleza la que permite discriminar [...] entre lo honroso y lo deshonroso en general, pues la naturaleza nos preparó inteligencias comunes» (*DL,* I, p. 185), es decir, nos dio un sentido común.

[50] *Tusculanas,* I, cit. en HOFMANN, H., 2002: *Filosofía del derecho y del Estado,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 124.

plano histórico del Derecho y el plano normativo o cosmopolita se halla la razón de que el republicanismo ciceroniano pueda tener cierta oportunidad en nuestros días, en los que un estrecho republicanismo de corte comunitarista ya no parece capaz de hacer frente a los desafíos de la globalización.

NOTAS

ALEKSANDER PECZENIK (1937-2005)

Robert Alexy
Universidad de Kiel

Aleksander PECZENIK murió en Lund, Suecia, la mañana del 19 de septiembre del 2005. Con su muerte, la comunidad de teóricos y filósofos del Derecho perdió a un académico excepcional; y para aquellos de nosotros que teníamos el privilegio de contar con su amistad, perdimos además a un maravilloso ser humano.

Aleksander PECZENIK había nacido en Cracovia, Polonia, el 16 de noviembre de 1937. En el año 1955 comenzó sus estudios de Derecho en la Jagiellonian University de Cracovia. Kazimierz OPALEK fue por aquel entonces uno de sus maestros. PECZENIK completó sus estudios en un tiempo *record.* En 1960, el mismo año en que contrajo matrimonio con Irena Nowak, obtuvo el grado de Master en Derecho (*LL.M.*); en 1963, el grado de doctor en Derecho (*Iur.* Dr.) y en el año 1966 fue habilitado como profesor de Derecho. A la edad de 29 años obtenía así una plaza como profesor en el Instituto de Metodología del Derecho de Katowice, Instituto que, por entonces, estaba integrado en la Universidad de Cracovia.

Tres años después, en 1969, deja Polonia y lo hace sin tener puesto alguno en Occidente; un mundo, por aquella época, muy diferente al suyo. No obstante, su energía, inteligencia, determinación y perseverancia le ayudaron a abrirse camino. Escribió cerca de 800 solicitudes, de las cuales recibió dos ofertas concretas: una venía de Suecia, la otra de Alemania. Aleksander PECZENIK optó por ir a Estocolmo y, aun cuando nuevas ofertas se le presentaron, se mantuvo fiel a su primera decisión. Alf ROSS, quien posteriormente escribiera la presentación a su libro *Essays in Legal Theory,* publicado en 1970, fue una de las personas que más le ayudaron en el proceso de incorporación a Escandinavia. De 1969 a 1975 fue profesor asistente de filosofía del Derecho en Estocolmo. Además de impartir clases de filosofía del Derecho, se dedicó con tanto afán al estudio del Derecho sueco que aprobó el examen de acceso a la abogacía en Suecia en el año 1975; en ese mismo año comenzaba además su trabajo como catedrático (*Senior Lecturer*) en la facultad de Derecho de Lund. Llegaba así, tras dejar atrás su natal Cracovia, a su segundo destino. En 1978 sucedió a Tore STRÖMBERG y a Karl OLIVECRONA como profesor de "Jurisprudence and Law and Computers", en Lund. Desde el 2003 al 2004, PECZENIK ocupó la posición de profesor investigador *Samuel Pufendorf,* jubilándose en el año 2004. Tiempo atrás, en el 1983, había obtenido el título de doctor en Filosofía (*Ph. D.*), una muestra más de su tenaz actitud para seguir aprendiendo en cualquier ámbito imaginable. En 1987, la facultad de Derecho de la Universidad de Lund le otorgó el título de doctor *honoris causa* y en 1991 fue nombrado miembro extranjero de la Academia Finlandesa de las Ciencias.

Tras su jubilación en Suecia, Aleksander PECZENIK se embarcó hacia una nueva aventura en su natal Cracovia. Esta vez, como profesor de Argumentación jurídica y de Retórica en la Universidad de Szczecin. Esta nueva etapa, que todos esperábamos que culminara en el 2007 con la celebración bajo su presidencia del 23.º Congreso Mundial de la IVR en Cracovia —la ciudad de su origen biográfico e intelectual—, fue, sin embargo, interrumpida por su repentina muerte. Desafortunadamente PECZENIK se vio privado de la posibilidad de cerrar este ciclo de su vida.

Aleksander PECZENIK no sólo conjugó la maestría en su campo con el permanente entusiasmo de un estudiante, sino que también desempeñó con eficacia y seriedad los cargos de dirección que se le otorgaron. Fue así vicepresidente de la Asociación Nacional de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (IVR) y, desde el año 2003 hasta el año de su muerte, su presidente.

No solamente aportó su talento organizativo y sus sugerentes ideas a la IVR, sino que además fue director editorial de la colección "Law and Philosophy Library", publicada por Kluwer, co-editor de *Associations* y miembro del Comité editorial de los *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy,* así como también de *Ratio Juris.*

La obra académica de Aleksander PECZENIK se inscribe en líneas generales en la tradición analítica polaca en filosofía del Derecho; tradición caracterizada por su profundo y extenso interés en la lógica, la epistemología y la metodología. PECZENIK nunca renunció al rigor analítico al intentar llevar a la filosofía del Derecho hacia nuevas direcciones. Tres puntos centrales permiten caracterizar sus contribuciones a este campo.

En primer lugar, se encuentra su teoría de la transformación o de los "saltos". El conocimiento, generalmente, viene respaldado por razones que no suponen aquello que se conoce. En la medida en que esto es así, el conocimiento, y con él la ciencia, poseen una estructura profunda no deductiva. Para ejemplificar lo anterior, en *The basis of legal justification* (1983), Aleksander PECZENIK introduce una extensa clasificación, así como un profundo análisis de las transformaciones necesarias en el Derecho. Gracias a estos esfuerzos contamos ahora con una suerte de mapa de los pasos creativos indispensables tanto para el conocimiento como para el razonamiento jurídicos.

Dar un paso o un "salto" es una cosa; su justificación, corrección u objetividad otra muy distinta. Con el fin de dar respuesta al problema de la justificación, Aleksander PECZENIK desarrolló —y éste sería el segundo punto central de su trabajo— una teoría de la coherencia en el Derecho, que es una de las teorías sobre la coherencia más significativas que se hayan elaborado acerca del conocimiento jurídico. Una presentación breve e ilustrativa puede encontrarse en su ensayo «A coherence Theory of Juristic Knowledge» en *On Coherence Theory of Law* (1998). El tercero de los puntos principales que caracterizan el pensamiento de Aleksander PECZENIK descansa en lo que puede caracterizarse como sistematización reflexiva. Este elemento, que aparecía ya en sus primeros escritos, se manifiesta de forma más clara y notable en su trabajo más reciente. En este sentido, una brillante muestra de ese talento o capacidad de sistematización reflexiva podemos encontrarla en *Vad är rätt* (1995), así como también en su último gran trabajo, *Scientia Juris. Legal Doctrine as Kwnoledge of Law and as a Source of Law* (2005), que constituye el cuarto volumen de un trabajo colectivo titu-

lado *A Treatise of Legal Philosophy and General Jurisprudence,* editado por Enrico PATTARO. Este último volumen, donde muestra con detalle su gran «Pasión por la Razón» —de ahí el título de la presentación que de su propio trabajo había hecho en el volumen de Luc. J. WINTGENS, *The Law in Philosophical Perspectives* del año 1999—, es el regalo que Aleksander PECZENIK nos hizo, justo el mismo año de su fallecimiento.

Mientras escribo estas líneas no puedo evitar levantar la vista y mirar el asiento que Aleksander PECZENIK ocupaba en mi despacho durante nuestras discusiones con ocasión de sus visitas a Kiel. Nuestro primer encuentro fue en Retzhof, cerca de Graz, donde la Sección Austriaca de la IVR había celebrado un Simposio sobre "Philosophy and Sciences as Basis for Jurisprudence". Y es gracias a una fotografía de POZNAN, que aparece fechada y que fue hecha por Zygmunt Ziembiñski, que puedo recordar que ese primer encuentro fue el 9 de mayo de 1979. La primera carta que recibí de Aleksander PECZENIK es del 14 de mayo de 1979 y la última del 30 de agosto del 2005.

Tuve, sin embargo, la fortuna de que nuestro contacto a lo largo de todos esos años no se limitara a una relación epistolar. La conferencia en Retzhof fue el principio de una larga serie de reuniones en Lund, Gotinga, Kiel, entre otros muchos lugares alrededor del mundo. Nuestro último encuentro tuvo lugar en Granada, en mayo del 2005, con motivo del 22.º Congreso Mundial de la IVR. Todos esos encuentros fueron especiales, muchos incluso apasionantes, pero uno de ellos fue tan extraordinario que invito al lector a prestar especial atención a lo que a continuación voy a relatar: me refiero al encuentro que tuvimos en Amsterdam con Aulis AARNIO en septiembre de 1980. Fue en Amsterdam en donde completamos el trabajo que quedaba pendiente para cerrar nuestro artículo conjunto «The Foundations of Legal Reasoning», publicado en tres secciones en *Rechtstheorie* en 1981. La idea de este proyecto había surgido en diciembre de 1979 en un Simposio en "Argumentation in Legal Science" en Helsinki.

Una vez que acordamos llevar a cabo el proyecto, fue Aleksander PECZENIK quien, como era propio de él, volcó todas sus energías para sacarlo adelante. «Máxima urgencia» fueron las palabras que escribió en un folio en el que yo había trazado el 12 de diciembre de 1979 un diagrama acerca de las relaciones entre nuestras teorías. A esas palabras añadió: «enviar el primer borrador a R. A. a más tardar el 25.12.79». Y así lo hizo. Tras una serie de reuniones y ante lo que parecía ser un interminable número de cartas, había llegado ya el momento oportuno. Ninguno de nosotros teníamos especial interés en asistir a la conferencia que se había organizado en Amsterdam. Aleksander PECZENIK apareció en Gotinga en su BMW 320i de color rojo y desde ahí hicimos el viaje en coche más veloz que jamás en mi vida he realizado. Durante todo el trayecto hacia Amsterdam no dejamos de discutir problemas de teoría del Derecho. Aulis AARNIO estaba ya en Amsterdam, de forma que nada más llegar al hotel Destine, donde nos alojamos, inmediatamente nos pusimos a trabajar. Continuamos trabajando arduamente durante tres días sin interrupciones salvo por breves lapsos de tiempo para dormir. El entusiasmo de Aleksander PECEZNIK nos llevó a estar tan contentos como agotados. Al tercer día dejamos Amsterdam sin haber visto nada de la ciudad ni asistido a la conferencia, pero con un borrador de nuestro trabajo que se acercaba bastante a su versión definitiva.

Lo sucedido en Amsterdam no es más que un ejemplo de la extraordinaria habilidad que tenía Aleksander PECZENIK para inyectar gran entusiasmo y motivación en

las personas, así como para hacer que los proyectos fueran rodando. No es por casualidad que estuviera presente cuando —en agosto de 1982, durante unas vacaciones que Robert S. SUMMERS, Enrico PATTARO y él pasaron en los Dolomitas acompañados de sus esposas— surgiera la idea del Círculo de Bielefeld, una asociación de teóricos del Derecho cuyo trabajo iba a estar dirigido a un análisis comparativo de la investigación metodológica. Bajo la dirección de Robert SUMMERS y de Neil MACCORMICK, y tras una serie de reuniones en el Centro de Estudios interdisciplinarios de Bielefeld y otras 10 reuniones mantenidas en otros lugares, el Círculo de Bielefeld produjo, en 1991, *Interpreting Statutes* y, en 1997, *Interpreting Precedents.*

No fue una sorpresa para nadie que una persona con sus habilidades su visión, su capacidad comunicativa y su energía llegase a ser presidente de la IVR. Transfirió a la organización su ilimitada energía y compromiso. Mencionaré sólo uno de sus muchos logros: la próxima aparición de la *Encyclopaedia of Jurisprudence, Legal Theory and Philosophy of Law* de la IVR. Esta base de datos electrónica, de extensión mundial, de teoría y filosofía del Derecho, constituye uno de los legados permanentes que nos deja Aleksander PECZENIK.

Perder a un amigo como Alek es motivo de tristeza. Irremediablemente esa tristeza va unida a la más profunda gratitud. Mi vida se hubiera visto privada de algo fundamental de no haberle conocido, y nuestro mundo hubiera sido un lugar más pobre si Aleksander PECZENIK no hubiera formado parte de él.

(Trad. Kira Ciófalo)

UN HOMENAJE A MIGUEL REALE (1910-2006)

Celso Lafer

Universidad de São Paulo

RESUMEN. Este artículo es un homenaje a la trayectoria intelectual de Miguel REALE y a la indiscutible trascendencia de sus contribuciones a la Filosofía del Derecho. En su filosofía, REALE combinó la dualidad, pero también la mutua implicación, entre pensamiento y acción, convencido de que el punto de partida para hacer Filosofía del Derecho era desde la experiencia del jurista. Entre sus aportaciones más destacadas, el autor destaca el tridimensionalismo de REALE en el que se conjugan la perspectiva sociológica del hecho, la perspectiva filosófica del valor de lo justo y la perspectiva de la norma en el ámbito de la dogmática jurídica, en una continua interrelación e interdependencia. Adicionalmente, el autor muestra algunas contribuciones en las que el tridimensionalismo de REALE ofrece nuevas vías de entendimiento.

Palabras clave: Miguel Reale, tridimensionalismo.

ABSTRACT. This article pays homage to the intellectual journey of Miguel REALE and to the unquestionable relevance of his contributions to philosophy of law. Not only did REALE combine the duality between thought and action in his philosophy, but also their mutual implication, convinced as he was that the starting point for the practice of philosophy of law resides in the jurist's experience. Among his most remarkable contributions the author points out REALE'S three-dimensionalism, in which the sociological perspective of the fact, the philosophical perspective of the value of the fair and the perspective of the norm in the scope of legal dogmatics are brought together in a continuous interrelationship and interdependence. In addition, the author shows some contributions in which REALE'S three-dimensionalism offers new means of understanding.

Keywords: Miguel Reale, three-dimensionalism.

I

«Sé plural como el universo» es la incitación de uno de los aforismos de Fernando Pessoa. Miguel REALE, en su admirable trayectoria de vida, siguió esta línea de conducta propuesta por el gran poeta —que integraba el linaje de los poetas-pensadores del siglo XX— y por el cual tenía un especial aprecio. Este aforismo estaba en perfecta consonancia con su manera de ser explicitada en el poema *Confissão:*

> «Nunca fui homem de uma nota só
> embrenhado num único problema
> amo a integralidade dos assuntos
> o horizonte tomado em seu conjunto»

Por eso, en su segunda gestión como rector de la USP (1969-1973), inscribió al pie de la torre de la plaza central del campus una frase síntesis, de reminiscencia pascaliana, de su mensaje de educador:

> "En el universo de la cultura el centro está en todas partes".

Este mensaje está en sintonía con una marca básica, identificadora de la personalidad de Miguel REALE. En efecto, éste se caracterizó por el creativo ejercicio de la inteligencia, incesantemente volcado a la comprensión del mundo y de las cosas. En ese ejercicio tuvo el coraje y la competencia de sostener, sin ingenuidad y con capacidad crítica, la vocación nomotética del Espíritu, apto para integrar, sin reduccionismos simplificadores, la multiplicidad de la experiencia. De ahí lo abarcativo de su obra, que se extiende a varios campos: Derecho, Filosofía, Filosofía del Derecho, Historia del Pensamiento brasileño, Historia de las Ideas, Teoría Política, Poesía, Memorialística. Por ser su obra muy ligada a lo que era como personalidad —siempre anhelando «Teorizar la vida y vivir la teoría en una unidad indisoluble del pensamiento y de la acción»—, cabe también una referencia a su contribución al debate público por medio de artículos que publicó con regularidad en la gran prensa. En esos artículos, en especial los elaborados en los últimos 25 años —una buena parte de ellos reunidos en libros—, REALE, en el «uso público de la razón», pensó los acontecimientos de Brasil y del mundo en un magisterio de reflexión de alto nivel. Este magisterio admite una analogía con el que ejercieron dos intelectuales de gran porte, sus contemporáneos en sus actividades periodísticas: Raymond ARON y Norberto BOBBIO. Con ambos, por cierto, tuve un primer contacto personal por su intermedio. Raymond ARON, en su viaje a Brasil en 1962, en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, dio una conferencia sobre la Teoría del Desarrollo y las Ideologías de Nuestro Tiempo, habiendo sido presentado a los alumnos por REALE, quien, en esa ocasión, habló de la Filosofía de la Historia de ARON. BOBBIO, cuando vino a Brasil en 1982, en el Coloquio sobre su pensamiento organizado por la Universidad de Brasilia, fue recibido por REALE, a quien se debe el efectivo inicio de la discusión y recepción de su obra en nuestro país. REALE, en aquella circunstancia, trazó el perfil de BOBBIO como un jusfilósofo de nuestro tiempo.

Como es sabido, fui alumno de Miguel REALE, posteriormente su asistente y soy hoy, en la Facultad de Derecho de la USP, el titular a cargo de la disciplina de Filosofía del Derecho de la cual él fue el catedrático de 1940 a 1980, habiendo renovado este campo de conocimiento con amplia repercusión nacional e internacional.

Cabe mencionar, en este sentido, en un texto destinado a *DOXA,* que ha sido significativa la recepción del pensamiento de REALE en la cultura jurídica de lengua española. En España, Javier GARCÍA MEDINA publicó en 1995 *Teoría Integral del Derecho en el pensamiento de Miguel Reale* con un prefacio del propio REALE. Ángeles MATEOS GARCÍA elaboró y defendió en 1996, en la Complutense, su tesis de doctorado sobre la teoría de los valores del autor de la teoría tridimensional del Derecho, cuya tercera parte fue publicada en Brasil en 1999 (*A Teoria dos Valores de Miguel Reale —fundamento de seu tridimensionalismo jurídico*—), también con un avalador prefacio de Miguel REALE. Fueron traducidos y publicados en España, con una introducción y adaptación para el Derecho español de Jaime BRUFAU PRATS, las *Lições Preliminares* con el título *Introducción al Derecho* (11.ª ed., 1991). También está disponible, en una nueva edición, con traducción e introducción de Ángeles MATEOS GARCÍA, la *Teoría Tridimensional del Derecho* (1997). Bajo los cuidados de Jaime BRUFAU PRATS y Ángel HERREROS SÁNCHEZ también fue publicada la introducción filosófica general de la *Filosofia do Direito* (*Filosofía del Derecho,* 1979).

Hago estas consideraciones sumarias para señalar, en un plano más general, la pertinencia de la publicación en *DOXA* de este texto en homenaje a su memoria. En el plano personal recuerdo que, en la dedicatoria que me hizo en 1986 del primer volumen de sus *Memórias* escribió que, confiado, me transfería «la llama de la filosofía del Derecho en la USP». Por eso creo que en este artículo en homenaje a su memoria, lo que me cabe es realzar la importancia de su contribución en este tema y, de esta manera, expresar una admiración en la cual convergen los afectos de una larga amistad y la convicción del alto significado cultural de su obra y de su trayectoria intelectual.

II

La Filosofía del Derecho, como así también la Filosofía Política a partir de su propia denominación, plantea un problema de equilibrio en la determinación de su alcance y de sus campos de investigación. En efecto, en tanto Filosofía tiende a ser investigación teórica. Sin embargo, en tanto Derecho, es una actividad preponderantemente práctica. Es por eso que el jusfilósofo no puede ser ni exclusivamente teórico ni exclusivamente práctico. Es por este motivo que era un tema que se ajustaba perfectamente a la manera de ser de Miguel REALE, quien combinaba —para usar sus categorías— en una dialéctica de mutua implicación y polaridad, pensamiento y acción. De ahí que en su transcurrir en este campo esté tanto la vigorosa presencia de la filosofía, concebida como *«uno amoroso uso di sapienza»,* como él dijo citando a Dante Alighieri, como de la experiencia. Ésta es una categoría epistemológicamente fuerte en su reflexión y materia de dos importantes libros: *O Direito como experiência* (1968) 2.ª ed., 1992 e *Experiência e Cultura* (1977) 2.ª ed., 2000, y de varios textos, entre los cuales destaco un luminoso ensayo de 1993, «Variações sobre a experiencia».

El acto de experienciar como acto de conocimiento es resultante de la interacción entre el sujeto cognoscente y el objeto cognoscible. Así, para REALE, la experiencia implica la experiencia «a parte *subjecti*», como también aquello que se pone, al final, como experienciado: la experiencia, «a parte *objecti*». Guarda el sentido originario del contacto con una realidad que se da en el mundo de la vida, en la *"Lebenswelt"*

de la que habla HUSSERL. Ocurre, observo yo, en la huella de Hannah ARENDT, en el *"inter homines esse"* de la pluralidad del mundo que caracteriza la experiencia jurídica y política. De ahí, para REALE, el poder-deber —incluso pedagógico— de comunicar los resultados reflexivos de la experiencia, y cabe recordar, como lo hizo él, que la palabra experiencia proviene del latín *"experiri"* que significa ensayar, testear, poner a prueba. Fue eso lo que hizo en su elaboración del campo de la Filosofía del Derecho al poner a prueba, por aproximaciones sucesivas, sus ideas sobre el Derecho en el mundo de la cultura, concebido como aquello que la humanidad realizó y continúa realizando en el mundo de la vida común. La base de estas aproximaciones sucesivas es la naturaleza crítica de la Filosofía, por él entendida y practicada como un siempre renovado cuestionamiento e indagación de presupuestos, en el cual está presente el potencial axiológico-estimativo inherente a la propia estructura del conocimiento.

El punto de partida de REALE para pensar el Derecho fue la experiencia concreta del Derecho, la experiencia del abogado. Conocer, dice él, recordando la afirmación de ORTEGA Y GASSET, es conocer algo en la circunstancialidad en que el conocimiento se da o procesa. Por eso su Filosofía del Derecho no es una Filosofía General aplicada al Derecho. Es, en la fecunda línea señalada por Norberto BOBBIO, la filosofía del jurista con vocación filosófica, dirigido a pensar «desde dentro» y no «desde fuera» los desafíos de la experiencia jurídica; desafíos para los cuales el Derecho positivo no ofrece respuestas satisfactorias.

La intuición fundamental, presente en sus dos libros de 1940, *Teoria do Direito e do Estado* y *Fundamentos do Direito* y subsiguientemente elaborada en sus *Filosofia do Direito* (1.ª ed., 1953, 20.ª ed., 2002) y *Teoria Tridimensional do Direito-situação atual* (5.ª ed., 1994), fue la de la tridimensionalidad del Derecho.

El tridimensionalismo de REALE no es sólo la genérica posibilidad de vislumbrar la experiencia jurídica a partir de la perspectiva sociológica del HECHO, de la perspectiva filosófica del VALOR de lo justo o de la perspectiva de la NORMA en el ámbito de la dogmática jurídica. Representa la afirmación de la indivisibilidad, interdependencia e interrelación entre el HECHO, el VALOR y la NORMA que interactúan continuamente en una dialéctica de mutua implicación y complementariedad.

Esta aspiración abarcadora y la preocupación con la concreción jurídica expresa la amplitud de la *"forma mentis"* de REALE. Se tradujo en la elaboración de la Filosofía del Derecho como un paradigma reflexivo que trabaja con la metodología del conocimiento jurídico (es lo que él filosóficamente articula con su ontognoseología) a partir de la cual trata de forma integrada la validez de las normas plasmadas en ordenamientos, de la efectividad de las normas de un ordenamiento en relación a sus destinatarios y de la justicia y de la legitimidad de las normas.

Son innumerables las contribuciones que pueden citarse para las cuales el tridimensionalismo de REALE ofrece un innovador horizonte de entendimiento. Él fue, como dice EMERSON, hablando de las características de los *Representative Men*, *«a definer and map-maker of the latitudes and longitudes of our condition».* Voy a discutir, así, en el mapa del conocimiento jurídico que él trazó, algunas de las latitudes y longitudes que desvendó. Destacaré en este artículo las más cercanas a mis preocupaciones y que fueron, en el transcurso de los años, temas de nuestros diálogos, diálogos entablados en el clima plural, abierto y de opciones libres que caracterizaba su

actuación y gestión de profesor catedrático en la Facultad de Derecho de la USP y de presidente del Instituto Brasileño de Filosofía por él creado con una inequívoca inspiración pluralista.

III

Menciono, en primer lugar, el tema de la relación Derecho/Poder sobre el cual REALE reflexionó largamente al tratar, con su vocación abarcadora, el vínculo entre experiencia jurídica y experiencia política. Éste es un tema del que siempre me ocupé y fue la vocación abarcadora con la cual REALE lo versó, una fuente que instigó mi propia reflexión. Observo que fue justamente esta vocación abarcadora en el tratamiento del tema lo que mereció el reconocimiento de Norberto BOBBIO. BOBBIO registró que, siendo el poder un concepto que juristas y politólogos comparten, sorprende que, por regla general, se ignoren en sus investigaciones, y señaló en ensayos recogidos en *Diritto e Potere-saggi su Kelsen* (1992) que la contribución de REALE constituyó una rara excepción.

El poder, para REALE, no es un dato externo a la norma, postura frecuente en el normativismo jurídico de inspiración kelseniana, ni es un dato independiente de la norma, actitud usual en la Ciencia Política, en la Sociología Jurídica o en el decisionismo de Carl SCHMITT. No es tampoco sólo un medio autónomo para alcanzar una norma deseable, visión en la cual incide a veces la Deontología. En el tridimensionalismo específico el poder está internalizado en la norma, como él explica en el análisis de la nomogénesis jurídica, al establecer un punto de intersección entre la teoría jurídica y la política.

La política del Derecho, cuya denominación tradicional en el ámbito del saber jurídico es la Teoría de la Legislación, es un campo compartido con el saber político, pues las distintas propuestas de políticas públicas —para usar una expresión actual— son valoraciones de propuestas normativas, de directrices sobre el cómo lidiar con la convivencia colectiva. En el proceso legislativo, que es el instrumento de acción por excelencia de la Política del Derecho, estas propuestas son conflictivas. Por eso, para adquirir la fuerza específica de la norma jurídica requieren la intervención decisoria del poder, que es, de esta manera, uno de los momentos culminantes de la acción política en el ejercicio jerárquico de un acto de gestión. Si es cierto que hay siempre en la "política" algo que no se reduce a lo "jurídico" —y por eso el poder no es reducible a una categoría jurídica pura—, no es menos cierto, recuerda REALE en este contexto, que la institucionalización del poder lo conduce a su "jurisfacción".

La "jurisfacción", en el proceso de la elaboración normativa, va filtrando las impurezas y contradicciones del poder y si no hay norma jurídica que pueda afirmarse como prescripción sin la *«voluntas»* de un acto decisorio del poder, que la haga realizable, no existe acto decisorio absoluto. Éste se ve condicionado y delimitado, en mayor o menor grado, por el cuadro de posibilidades normativas dado por la interacción entre hechos y valores en un determinado momento histórico-político, esclarecedor de las condiciones concretas de la gobernabilidad. En síntesis, gracias a la medición del poder, la norma integra hecho y valor en cada situación de manera más o menos duradera, pero nunca definitiva, en una dialéctica de implicación y polaridad, convirtiéndose en

la positivada e impersonal intencionalidad de una directriz de conducta y organización (*cfr.* Miguel REALE, 1984: *Teoria do Direito e do Estado,* 4.ª ed.; 1998: *Pluralismo e Liberdade,* 2.ª ed.; 1992: *O Direito como Experiência,* 2.ª ed.; *Filosofia do Direito*, 20.ª ed.).

IV

En el ámbito de la teoría general del derecho un desdoblamiento de esta reflexión de REALE sobre la relación Derecho/Poder es su concepción de modelos jurídicos con la cual elabora, en el ámbito de su tridimensionalismo, la interdependencia entre hecho, valor y norma. Son dos las instigaciones que mueven su elaboración conceptual. La primera es superar la tradicional dicotomía fuentes materiales/fuentes formales, o sea, ir más allá para integrar y no separar hecho y valor —con los cuales tratan las fuentes materiales— y las normas, de las cuales se ocupan las fuentes formales que definen, de acuerdo con el ordenamiento basado en las normas de reconocimiento de la validez, el *quid sit juris.* La segunda es suplantar una óptica retrospectiva, que la propia metáfora de la fuente induce, por una óptica prospectiva, pues el Derecho es un "deber ser" que se proyecta hacia el futuro. En este sentido la metáfora del modelo, al apuntar hacia una dirección, señala el carácter operacional, atento a la concreción jurídica de la cual se ocupa el tridimensionalismo (*cfr.* Miguel REALE, 1992: *O Direito como Experiência,* 2.ª ed.; 1978: *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito;* 1984: *Direito Natural/Direito Positivo;* 1994: *Fontes e Modelos do Direito-Para um novo paradigma hermenêutico*).

En la vida del Derecho son múltiples y pluralistas las estructuras normativas como distintos son sus grados de positividad. Es éste el contexto en el que REALE discute las especies de modelos jurídicos, examinando los legislativos, los consuetudinarios, los jurisdiccionales y los negociales. Es esta dimensión plural de la experiencia jurídica lo que el concepto de modelos jurídicos se propone esclarecer, anticipando, en este sentido, caminos para el problema de la crisis que hoy se verifica en la operacionalidad del concepto de macromodelo de ordenamiento jurídico basado en la pirámide normativa, cuya formulación más rigurosa se encuentra en la obra de KELSEN.

En efecto, la metáfora arquitectónica del macromodelo del ordenamiento jurídico como pirámide normativa (a la cual corresponde la pirámide del poder) y que tiene un vértice inequívoco, no da cuenta de la experiencia jurídica contemporánea. De ahí la importancia, en este contexto, de nuevos paradigmas como señala Mario LOSANO, haciendo una referencia explícita —en una conferencia en el Instituto de los Abogados de San Pablo— a la relevancia de la reflexión de REALE, quien afirma que «las crisis de la sociedad redundan, inevitablemente, en crisis de la teoría de las fuentes del Derecho» (*cfr.* Mario LOSANO, 2004: *Modelos Teóricos inclusive na prática, da pirâmide à rede*).

Las Constituciones, los códigos, las leyes, las costumbres, los negocios jurídicos, los precedentes obligatorios de los tribunales y los tratados son expresiones del modelado jurídico de la realidad social. Integran hechos y valores en una dialéctica de implicación y mutua complementariedad por medio de normas que son positivadas en la experiencia jurídica por la mediación del poder —público o privado—, en el ejerci-

cio de actos de decisión y prescripción. Estos modelos jurídicos son elaborados en el ámbito de la Teoría General del Derecho como modelos dogmáticos, vale decir, como estructuras teórico-comprensivas. Tienen, en su vigencia y eficacia, distintos índices de obligatoriedad y áreas diversificadas de incidencia, pues su positividad está correlacionada con la efectiva calidad de las modalidades del poder de decidir, en la experiencia social, que los hace realizables.

A mi modo de ver, la plasticidad del concepto de modelos jurídicos es heurística en una época como la nuestra, caracterizada por una fragmentación de las cadenas de poder que vuelve insuficiente el concepto de fuentes formales para lidiar con la experiencia jurídica. En efecto, la fragmentación de las cadenas del poder y el proceso de globalización, que internaliza el mundo en la vida de los países, diluye la operatividad de la jerárquica pirámide normativa basada en la soberanía de los Estados. Por cierto, el Estado ya no es un centro geométrico de la positividad jurídica, apto para imprimir plena coherencia al pluralismo de los modelos jurídicos por medio del control de la constitucionalidad. De ahí la intensificación de las incoherencias de los sistemas legales en los cuales la pirámide coexiste con la presencia creciente de las redes y de los flujos, como resalta Mario LOSANO. Es más, es esto lo que explica la renovada importancia de las categorías del "reenvío" y de la "recepción" en el tratamiento de la relación entre modelos y ordenamientos jurídicos.

En este contexto el concepto de modelos jurídicos permite ir calibrando, para recurrir a una metáfora de Tércio SAMPAIO FERRAZ Jr., el equilibrio dinámico en una incesante recomposición de los sistemas legales con un mínimo indispensable de sentido de orden. Este sentido de orden, como *ratio* ordenadora, es una preocupación de REALE en función de su creencia en la vocación nomotética del Espíritu y en su aspiración de no convertir la Teoría General del Derecho en un posmoderno amontonado inconexo de aserciones, destituido de la coherencia de una *unitas oridinis.*

Asimismo, el concepto de modelos jurídicos es altamente esclarecedor, observo en base a mi experiencia, de lo que ocurre actualmente en el Derecho Internacional, en cuyo ámbito, en función de las nuevas dimensiones de la fragmentación del poder en un sistema descentralizado pero globalizado, prevalece una "normatividad relativa". Ésta es fruto de la disolución de la diferencia entre las aspiraciones jurídicas de la *"soft law"* y las normas de derecho de la *"hard law"* y tiene una de sus razones en la carencia de una jerárquica pirámide normativa formalmente explicitada.

V

La óptica prospectiva de los modelos abre un espacio importante para la hermenéutica jurídica, que es uno de los temas recurrentes de la reflexión de Miguel REALE. Éste apunta en primer lugar hacia el futuro de las intencionalidades pretendidas en las estructuras normativas de los modelos y no sólo hacia su pasado (por ejemplo: "la voluntad del legislador" o la "voluntad de la ley" en el momento de su creación), en el tratamiento de la interacción "norma" y "situación normada".

En efecto, para REALE, siempre atento a la experiencia jurídica, la norma es su interpretación, como aclara sin simplismos pragmáticos en función de la correlación

por él establecida y desarrollada entre acto normativo y acto interpretativo. El intérprete actualiza, dice REALE, y renueva en la situación concreta el nexo normativo que en un modelo jurídico integró hechos según valores. Busca una unidad de comprensión para el significado de las intencionalidades pretendidas en la norma. Aprovecha la elasticidad normativa y, en este proceso, en el espectro posible de los límites objetivos inherentes a la seguridad jurídica que delimita el proceso hermenéutico en un estado de derecho, no se circunscribe a formas de comprensión *«interna corporis».* Tiene en cuenta tanto los hechos y valores que condujeron a la creación del modelo jurídico como los hechos y valores supervenientes.

Toda época, señala REALE, fija los criterios y límites de su exégesis del Derecho en función de los valores culturales prevalecientes. Así, por ejemplo, en el siglo XIX, a la concepción de Estado liberal no intervencionista corresponde una comprensión restricta de la hermenéutica jurídica. De manera análoga, en el siglo XX los valores del Estado intervencionista propiciaron una hermenéutica constructivamente intervencionista.

Hoy en día, uno de los desafíos de la hermenéutica es el de lidiar con los principios generales en que se asientan las constituciones contemporáneas y muy especialmente nuestra Constitución de 1988. Para este desafío la reflexión de REALE ofrece un fecundo camino.

Los principios no son reglas que proporcionan criterios específicos sobre cómo se debe o no se debe o se puede actuar en determinada situación. Los principios proporcionan criterios más genéricos para tomar una posición ante situaciones concretas que, sin embargo, *a priori* son indeterminadas, sólo adquiriendo significado operativo en el momento de su aplicación a un caso concreto.

Los principios generales son, como dice ALEXY, mandatos de optimización de valores en ella positivados. En este sentido la función de los principios generales, para recurrir a la lección de BOBBIO, es la de propiciar y estimular la expansión no sólo lógica sino axiológica de un ordenamiento jurídico.

Los principios generales se caracterizan por no ser, en teoría, mutuamente excluyentes en el plano abstracto. Sin embargo, en su aplicación al caso concreto, suscitan la hipótesis de antinomias y numerosas dificultades muy distintas en su complejidad, de lo que ocurre en la aplicación de reglas específicas. De ahí las dificultades de cumplir el mandato de optimización contemplado por ALEXY. Es justamente para el tratamiento de estas dificultades que la visión de la hermenéutica de Miguel REALE ofrece un camino de los más fecundos, a la luz de su historicismo axiológico, en un ejemplo de cómo en su obra la relación entre la Filosofía y la Filosofía del Derecho es heurística y complementaria.

La hermenéutica de los principios es un ejercicio de la razón problemática, pues exige hacer opciones. Éstas pasan por un balanceamiento de los valores positivados en los principios.

Los valores, para REALE, son apropiados objetos del conocimiento. Revelados en el proceso histórico son un bien cultural. Tienen como marca específica el ser algo que se refiere a la realidad pero a ella no se reduce. Por eso requieren tanto un soporte —una base en la realidad— como un significado que apunte hacia el "deber ser". Así,

es de la naturaleza del valor, poseer al mismo tiempo, como objeto del conocimiento, la dimensión de la realizabilidad y la de la inagotabilidad. La dimensión de la realizabilidad es una apertura hacia los hechos sociopolítico-económicos y se refiere a la capacidad del valor de efectivizarse en la *praxis.* La inagotabilidad indica que el valor, por obra de su siempre renovado significado vectorial, se proyecta como una *vis directiva* y es, así, una apertura hacia el futuro de su "deber ser".

Hago esta muy sumaria nota de aspectos de la axiología de REALE, pues el método de ponderación que viene siendo desarrollado por el Supremo Tribunal Federal en el tratamiento de los principios generales es un balanceamiento de valores en el ámbito del cual se discute proporcionalidad, adecuación y necesidad. Esta discusión transita implícitamente por la realizabilidad y la inagotabilidad de las que están impregnadas la interpretación y aplicación de los principios generales como una actividad contextualizada, volcada a la expansión axiológica del ordenamiento. Esta actividad requiere el examen de las circunstancias y exige la conciliación de los valores positivados en los principios por medio de una dialéctica de mutua implicación y polaridad en la cual operan complementaciones y restricciones recíprocas. En estas complementaciones y restricciones, el Valor, en su concomitante dimensión de realizabilidad e inagotabilidad, está presente en la interacción entre Hecho y Norma.

Es por esta razón que la ponderación es un detenerse para pensar los desafíos contemporáneos de la experiencia jurídica en la interpretación de los principios generales. Se trata de una interpretación multifuncional que presupone tanto el ángulo interno de las normas plasmadas en un ordenamiento como el ángulo interno, o sea, la concomitante apertura hacia los hechos y valores. Es por eso que esta multifuncionalidad se amolda a la hermenéutica del tridimensionalismo jurídico que REALE ofrece en este campo, metodológicamente, una heurística y fecunda *vis directiva.* Es más, es lo que busqué mostrar concretamente al detenerme a pensar la dimensión jurídica de mi experiencia como canciller, en la interpretación y aplicación del art. 4.º de la Constitución que trata de los principios que rigen las relaciones internacionales de Brasil (*cfr.* Miguel REALE, *O Direito como Experiência; Estudos de Filosofia e Ciência do Direito; Fontes e Modelos do Direito; Teoria Tridimensional do Direito, Filosofia do Direito*).

VI

La reflexión de REALE sobre los valores es también —para complementar lo que fue antes expuesto sobre hermenéutica— una afirmación del sentido majestuoso de la Historia, como observó José Guilherme MERQUIOR. En el ámbito del proceso histórico REALE identifica señales de la prevalescencia de sentido que asumen la característica de "adquiridos axiológicos". Es por eso que su pluralismo no es un relativismo. Ésta es la razón por la cual una de las marcas del valor, en su historicismo axiológico, es la preferencialidad que ofrece la posibilidad epistemológica de su ordenación jerárquica.

En la reflexión de REALE, el valor fuente ordenador de todos los valores en el mundo de la Política es el valor de la persona humana. Una expresión de las más significativas en el campo jurídico-político de este valor se tradujo en la positivación de los derechos humanos. Esta positivación fue resultante, en la relación político-jurídica

gobernantes/gobernados, de un proceso de integración de los modos de la convivencia colectiva. Estos modos provienen de legados históricos, irradiadores de haces axiológicos. REALE destaca, entre estos legados y sus haces axiológicos, el de Grecia (la libertad de pensar como pluralidad de pensar); el de Roma (la conciencia del papel autónomo del Derecho); el del cristianismo (el reconocimiento de la igualdad de la naturaleza humana, independientemente de los involucros políticos y sociales de la ciudadanía); el del liberalismo (el gobierno es para el individuo y no el individuo es para el gobierno, lo que significa: libertad entendida como distribución del poder político, económico, cultural entre los gobernados y limitación, por el Derecho, del poder de los gobernantes en base al presupuesto, como diría Hannah ARENDT, de que todo ser humano tiene el derecho a tener derechos) y el legado del socialismo (la exigencia de la igualdad ante la vida y la cultura, concebida como un derecho de crédito reconocido a toda y cualquier persona, de participar del "bienestar social" de aquello que la especie humana, en un proceso colectivo, va acumulando a través del tiempo). (*Cfr.* Miguel REALE, *Pluralismo e Liberdade*). De ahí la importancia atribuida por REALE a los derechos humanos como el horizonte de la legitimidad del poder en el mundo contemporáneo. Ésta es la razón por la cual, observo yo, existe una universalidad, indivisibilidad e interdependencia de todas las generaciones de derechos, en la línea de lo que fue reconocido como un "adquirido axiológico" en la gran conferencia de la ONU en Viena, en 1993, sobre los derechos humanos.

La legitimidad del poder es una de las faces de la deontología en la interacción experiencia jurídica/experiencia política. La otra es la de la justicia de la norma positivada por la injerencia decisoria del poder. Para REALE la justicia es el valor fundante preferencial de una bien ordenada convivencia colectiva. Es un bien común concreto y no abstracto, que es una expresión histórica de las múltiples dimensiones de la igualdad. REALE sabe que no todo el Derecho es justo. Reconoce que si no logramos definir la Justicia, no por eso podemos vivir sin ella. De ahí la complementariedad por él afirmada entre las dos siguientes aserciones: «El Derecho Positivo presupone la Justicia como condición de su legitimidad»; «La Justicia pone el Derecho Positivo como condición de su realizabilidad».

En su reflexión REALE busca ir más allá del argumento de la justicia como una *«vindicatio actionis»* y de una idea reguladora kantiana con la cual se puede pensar la justicia como un franciscano valor-medio, o sea, al servicio de los demás valores para asegurarles su adimplemento, en razón de la persona humana que es el valor-fin. Los paradigmas con los cuales se evalúa la justicia, observa, son múltiples pues los ideales de justicia, aunque se ubiquen en el horizonte de la igualdad, dependen del juicio que se haga del ser humano.

Es en este contexto problemático de la experiencia valorativa de Justicia que REALE se vale de la razón conjetural por él examinada en uno de sus libros filosóficos de mayor envergadura, *Verdade e Conjetura* (1983, 2.ª ed., 1996). Conjeturar, para REALE —que tomó como punto de partida el pensamiento conjetural de KANT no sólo en los ensayos históricos sino en lo que detectó en la *Crítica de la Razón Pura*—, es un esfuerzo de pensar más allá de lo que es conceptualmente verificable. Es un intento de completar lo experienciado sin pérdida del sentido de lo experienciable. La razón conjetural, en un discurso de naturaleza crítica es problemática como él propone, no culmina en soluciones axiomáticas o incluso relativamente certificables sino sólo en

soluciones plausibles. En este sentido REALE amplía, con la idea de la plausibilidad, el alcance epistemológico del historicismo axiológico.

Es en este marco, muy sucintamente tratado, que REALE trabaja por medio de la razón conjetural, «la sincronía entre lo que se piensa sobre la Justicia y lo que se conceptúa sobre el Derecho» en uno de los grandes ensayos que figuran en *Nova Fase do Direito Moderno* (1990). Este empeño es una expresión más de su convicción sobre la capacidad nomotética del Espíritu en el tratamiento de las antinomias de la razón y en la evaluación de los procesos históricos de largo plazo de la evolución del ser humano cuyo ser es su «deber ser».

VII

Mencioné en este artículo, evocando a EMERSON, que Miguel REALE definió y construyó mapas de las latitudes y longitudes de nuestra condición. Quiero concluir este texto, en homenaje a la memoria de su trayectoria, destacando que en la construcción de estos mapas REALE siguió la orientación de KANT en *Ideas para una Historia Universal en clave cosmopolita,* libro con el cual, para hablar como ex alumno, tomé contacto asistiendo a su curso de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo en 1964. Detectó de esta manera las señales que apuntan hacia el progreso del género humano con conceptos justos, gran experiencia adquirida a través de los acontecimientos del mundo y buena voluntad.

LAS *LEGES IRRITANTES* EN *DE LEGIBUS* DE FRANCISCO SUÁREZ COMO NORMAS DE COMPETENCIA [1]

Jesús Delgado Echeverría

Catedrático de Derecho civil
Universidad de Zaragoza

RESUMEN. Francisco SUÁREZ (1548-1617) dedica cerca de setenta páginas de su *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* a las *leges irritantes.* No parece que los estudiosos de su obra les hayan dedicado especial atención. Desde la teoría general de las normas, podemos identificar las *leges irritantes* (normas invalidantes) con un tipo de normas de competencia: aquellas que establecen las condiciones de actualización de la competencia y, consiguientemente, la validez o invalidez de los actos. SUÁREZ distingue claramente estas normas tanto de las que regulan conductas (de obligación o de prohibición) como de las punitivas; y las configura como constitutivas (de la validez o invalidez) a la vez que como directivas de una clase particular. El presente estudio se ocupa también de sus ideas sobre el poder *(potestas)* que es fundamento de la validez de los actos, especialmente en el ámbito de la autonomía privada.

Palabras clave: Francisco Suárez, normas de competencia.

ABSTRACT. Francisco SUÁREZ (1548-1617) dedicates near seventy pages of his *Tractatus of legibus ac Deo legislatore* to *leges irritantes.* It does not seem that scholars have paid special attention to this part of his work. From the general theory of the norms, we can identify the *leges irritantes* (invalidating norms) with a type of power-conferring rules: those that establish the conditions of exercise of the power and, consequently, the validity or invalidity of the acts. SUÁREZ distinguishes clearly these norms from those that regulate conducts (of obligation or prohibition), as well as from the punitive ones; and he simultaneously forms them as constituent (of the validity or invalidity) and as directives of a particular class. The present study takes care also of his ideas about power *(potestas)* that is foundation of the validity of the acts, especially in the field of the private autonomy.

Keywords: Francisco Suárez, Power Conferring Rules.

[1] Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Validez de los actos jurídicos», SEJ2005-05790, financiado por la CICYT (2005-2008), del que soy investigador principal.

1. INTRODUCCIÓN

Tractatus de legibus ac Deo legislatore[2] es la principal obra de filosofía del Derecho escrita por el teólogo y filósofo español Francisco SUÁREZ (1548-1617). Su contenido es predominantemente teológico, moral y iusfilosófico, pero incluye también desarrollos de teoría general del Derecho, en particular de teoría general de las normas, conducidos con rigor conceptual y sobriedad argumentativa.

Las aportaciones de teoría general de las normas se concentran especialmente en los libros V (Variedad de leyes: leyes penales y odiosas), VI (Interpretación, cambio y cese de la ley), VII (La costumbre) y VIII (Los privilegios); pero pueden encontrarse también en todos los demás: I (La ley en general), II (Leyes eterna, natural y Derecho de gentes), III (La ley civil), IV (La ley canónica), IX (Antiguo Testamento), X (Nuevo Testamento).

El presente trabajo versa sobre una parte del libro V («De la variedad de leyes humanas, y en particular de las odiosas»), en que SUÁREZ se ocupa (caps. XIX-XXXIV, pp. 555-621) de las *«leges humanae irritantes contractum».* El resto del libro está dedicado a las leyes penales y a las que imponen tributos, como tipos de leyes (junto con las irritantes) de la variedad de las odiosas. De la distinción entre leyes odiosas (u onerosas) y favorables (o que confieren beneficio) se ocupa en el cap. II, mientras que en el primero incluye media docena de clasificaciones de leyes (por su origen, por su destinatario, por su materia...) de las que dice que no son necesarias para su propósito *«in ordinem ad formalem rationem legis»:* para «el concepto formal de ley», traduce EGUILLOR; «para la teoría general de la norma», podríamos traducir libremente con pleno respeto, según creo, a la intención del autor y al significado objetivo de su intento.

Los filósofos del Derecho han centrado su estudio de la obra de SUÁREZ en los libros I y II, en torno a su definición de ley y a las relaciones entre ley eterna, Derecho (ley) natural y Derecho de gentes. La literatura al respecto es copiosísima[3]. Más cercanos al tema del presente trabajo, algunos civilistas españoles se han adentrado en problemas particulares de la teoría general de las normas en SUÁREZ. Es el caso de

---

[2] Las citas a esta obra se hacen con indicación de libro, capítulo y número, y de la página de la siguiente edición: *Tratado de las leyes y de Dios legislador,* en diez libros, por SUÁREZ, F., S. I. Reproducción anastática de la edición príncipe de Coimbra, 1612. Versión española por EGUILLOR MUNIOZGUREN, J. R., S. I., 1968, Madrid: Instituto de Estudios Políticos. Transcribo en general de esta versión española, cuidada y fiable, de la que me aparto en pocas ocasiones.

[3] Las monografías centradas en la filosofía del Derecho de SUÁREZ no se ocupan de las *leges irritantes.* RECASENS SICHES, 1947: *La Filosofía del Derecho de Francisco Suárez,* 2.ª ed. (corregida y aumentada; 1.ª ed. 1927), México: Ius; AMBROSETTI, G., 1948: *La filosofia delle leggi di Suárez,* I, *Il sistema,* Roma, y 1951: *Il diritto naturale della Riforma catolica. Una giustificazione storica del sistema di Suárez,* Milano (volumen continuación del anterior, aunque no identificado así por ser de distinta editorial). En esta última monografía y en la de RECASENS se ofrece amplísima bibliografía. También, más recientemente, COURTINE, J.-F., 1999: *Nature et empire de la loi. Études suaréziennes,* Paris: Ed. de l'École des Hautes Études en Sciences Sociales (que se ocupa de las consecuencias de las decisiones metafísicas de SUÁREZ en el plano jurídico-político, en particular de antropo-teología suareciana y de su doctrina eclesiológica y teológico-política). Las citas del libro V de *De legibus* en la literatura suareciana son muy escasas. Posiblemente, el autor que más ha reparado en las páginas dedicadas a las leges irritantes es el canonista Olís ROBLEDA, en la que fue su tesis doctoral en la Gregoriana, publicada primero por la Universidad de Comillas (*La nulidad del acto jurídico,* 1947) y luego, reelaborada y aumentada, por la Gregoriana, Roma, 1964.

Federico DE CASTRO, quien en su fundamental *Derecho civil de España* llega a decir: «Las ideas de Suárez sobre el concepto del Derecho, naturaleza de las normas, conceptos y caracteres de la ley y de la costumbre, aplicación e interpretación de la ley, han sido recogidos y, en general, han inspirado a los correspondientes capítulos de este libro»[4]. Pues bien, creo que ni los filósofos del Derecho que se han ocupado de SUÁREZ, ni civilistas como DE CASTRO o CARRASCO[5] han reparado en las casi setenta páginas que SUÁREZ dedica en el libro V a las *leges irritantes.*

En mi opinión, el interés de estas páginas estriba en que el objeto de su análisis es un tipo de normas constitutivas, que no regulan (directamente) la conducta de sus destinatarios, sino que establecen las condiciones de validez de sus actos. De este modo, aborda SUÁREZ ventajosamente los problemas de invalidez (nulidad) de los actos jurídicos desde el punto de vista de las normas (no de una construcción psicológica del acto o del negocio)[6].

Leges irritantes son las que privan de validez a los actos humanos. El interés de una doctrina general sobre las leyes irritantes como la ofrecida por SUÁREZ estriba principalmente en haber individualizado un tipo de normas, las irritantes, que no son normas de conducta (no prescriben ni prohíben) ni tampoco establecen penas por su incumplimiento. No pueden acomodarse, por tanto, a las categorías de las diversas fuerzas de la ley en el texto de MODESTINO (básico en la experiencia del Derecho común europeo) según el cual la virtud o fuerza de las leyes es *«imperare, vetare, permitere, punire».* Para SUÁREZ, irritar (invalidar) no es ni implica prohibición, como no es ni implica pena. Las *leges irritantes* son normas constitutivas, que realizan por sí mismas el efecto que pretenden. Ciertamente, pueden estar relacionadas con prohibiciones, así como, en ciertos casos, constituir una pena.

Las normas irritantes o invalidantes establecen los requisitos para la validez de los actos. Desde el actual punto de vista de la teoría de la norma, forman parte de las normas de competencia o normas que confieren poderes *(power conferring rules),* las cuales definen simultáneamente la validez y la invalidez de actos y normas (entendida la validez como pertenencia al sistema). Las normas de competencia (normas secun-

---

[4] DE CASTRO, F., 1955: *Derecho civil de España, Parte General,* I, Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 3.ª ed. (1.ª ed. 1942), p. 177. Allí se dice que SUÁREZ «sin duda, en su tratado de las leyes y de Dios legislador, es el más hondo filósofo del Derecho que España ha tenido. Su elaboración doctrinal sobre el pensamiento de Santo Tomás no sólo es aguda y original, sino que es quizás la que mejor corresponde a la concepción católica y española del Derecho». Se añade: «También debe señalarse la patriótica defensa que, como su compañero de orden (se refiere a Luis MOLINA), hace del Derecho Real frente al romano o común». En esta obra CASTRO cita a SUÁREZ docenas de veces (especialmente en el cap. I, sobre «El Derecho objetivo»: pp. 31, 39, 40, 41, 44, 45-46, 48, 51, 52, 55, 56, 57, 60 y 61). Sin embargo, en su obra posterior *El negocio jurídico* (1.ª ed., Madrid, 1967), donde CASTRO se ocupa con la necesaria amplitud de la nulidad en todas sus clases, no hay cita alguna formal a la obra de SUÁREZ, lo que cabría atribuir al planteamiento de la obra (que inició un fallido tratado teórico-práctico de Derecho civil), pero el hecho es que tampoco se percibe la influencia de su pensamiento.

[5] CARRASCO PERERA, Á., 1992: «Comentario al art. 6.3 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* I, vol. 1, 2.ª ed., Madrid: Edersa, pp. 773-774. El contexto en que CARRASCO trae a colación la doctrina de SUÁREZ es el de las relaciones entre norma prohibitiva y nulidad; más en particular, respecto de la ley *Non dubium* (*vid. infra,* nota 23).

[6] Me ocupo con cierta amplitud del concepto de validez de los actos, desde el punto de vista de las normas de competencia, en «El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado. Notas de teoría y dogmática», en *Anuario de Derecho Civil,* 2005, I, pp. 9-74.

darias) se separan claramente de las normas de conducta (normas primarias, que obligan, prohíben o permiten) y suelen ser consideradas normas conceptuales, constitutivas o definitorias.

Las coincidencias entre el análisis de las normas irritantes que hace Francisco SUÁREZ y la actual consideración de las normas de competencia en la teoría general de las normas me parecen importantes. Además de poner de manifiesto la valía intelectual del autor, indican que en la tradición del Derecho común europeo estaban sentadas las bases para algunas de las distinciones actuales (en particular, la distinción entre normas de conducta y una clase muy relevante de normas constitutivas, así como la diferencia entre invalidez y pena o sanción). Puede decirse que SUÁREZ analiza las «normas de incompetencia» y que muestra algunos atisbos de las normas de competencia en su sentido más estricto, es decir, como normas que atribuyen el poder para realizar los actos jurídicos. En cuanto a esto, en su concepción del Derecho no es el Derecho humano sino el natural el que confiere a los particulares el poder para realizar actos tales como contratos o testamentos (el Derecho humano puede únicamente privarle de ese poder e invalidar sus actos mientras no infrinja el Derecho natural negativo). Nótese también que su discurso sobre la (in)validez no tiene como objeto las leyes públicas, sino los actos de los particulares.

En lo que sigue resumo y anoto las principales afirmaciones de SUÁREZ sobre las normas irritantes, las relaciono con las normas de competencia y apunto algunas ideas sobre el fundamento de la fuerza de obligar de los actos de los particulares según SUÁREZ.

2. LAS NORMAS IRRITANTES Y SUS CLASES. LAS NORMAS IRRITANTES NO SON PENALES

Las normas[7] irritantes privan al hombre de su poder de contratar válidamente, poder que tiene por Derecho natural. Pueden hacerlo, así como imponer algunas condiciones sin las cuales el contrato no es válido, lo mismo que pueden privarle de su libertad.

Estas normas se cuentan entre las gravosas y odiosas, pues es muy gravoso para el hombre atar su voluntad de tal manera que ni lícita ni válidamente puede hacer lo que quiera y lo que podría hacer si la ley no lo impidiese (V, XIX, 1, p. 555).

Ahora bien, a pesar de la opinión de muchos juristas, las normas invalidantes no son penales. «La solución verdadera es que la invalidación de un acto —en su concepto auténtico y esencial— no incluye el ser pena, y así las más de las veces no es pena, aunque a veces puede tener carácter de pena» (V, XIX, 4, p. 556). Sólo son pena ciertos casos de alguno de los tipos de normas invalidantes.

---

[7] SUÁREZ utiliza siempre el término *leges,* pero es posible hacer la distinción, implícita en su obra, entre norma jurídica y disposición legal: en III, 15, 2, p. 256, dice: «en la forma sensible de la ley se pueden distinguir dos cosas: una, el signo material, como la voz o la escritura, y otra, el significado (...)»; lo que concuerda con la definición que acaba de dar en el núm. 1: «la ley civil que se da a los súbditos es, genéricamente, una señal que indica la voluntad del príncipe» (*cfr.* DE CASTRO, 1955: p. 51; VALLET DE GOYTISOLO, 1999: *Metodología de la determinación del Derecho,* Madrid, p. 467).

SUÁREZ diferencia varios tipos de normas irritantes. Con mayor detalle en V, XIX, 4, p. 556; V, XX, 2, pp. 559-560, aunque también en otros lugares [8]. Pone también ejemplos, de los que recojo algunos.

1. Preceptos afirmativos, que determinan y mandan directamente alguna cosa e invalidan indirectamente y como consecuencia. Es el caso de las normas que establecen forma para la validez de los actos. Estas normas no son penales. Como ejemplo, la norma del Concilio de Trento que establece la obligación de celebrar el matrimonio ante el párroco y dos testigos y determina la nulidad del matrimonio celebrado de otra forma.

2. Preceptos negativos que prohíben el acto con fórmulas suficientes para invalidarlo. Esto puede hacerse por tres causas distintas: *a)* en atención al bien común; por ejemplo, la norma que prohíbe el matrimonio entre consanguíneos o anula el matrimonio del clérigo de órdenes mayores; *b)* a favor de determinadas personas, como son las normas que acuden en ayuda de determinadas personas por razón de su fragilidad, como se hace mediante las leyes que anulan algunos contratos de menores; *c)* en venganza de la persona o de su acción, como los impedimentos matrimoniales que se ponen por razón de un delito, como el de uxoricidio con promesa de matrimonio. Sólo las de este último apartado son normas penales.

3. De ninguna de las formas anteriores, sino sólo como condicionante (ley "puramente invalidante", a la manera o en paralelo de la ley puramente penal): no manda ni prohíbe nada, sino que directamente invalida el acto si se hace, o si se hace sin tal forma). Obviamente, estas leyes no son penales.

En relación con el principio *«favorabilia amplianda, odiosa restringenda»,* llega a las siguientes conclusiones: que las leyes invalidantes sean un gravamen para algunos es cosa accidental. Si la norma es penal, ha de restringirse; si no lo es, a veces puede ampliarse y a veces puede restringirse (pues cabe que sea onerosa sin ser penal).

Es importante notar que la invalidación no es considerada una pena siempre que es consecuencia de la infracción de una prohibición, sino sólo en el supuesto en que se ha infringido previamente otra norma de manera que, como pena de aquella infracción, se impone la de no poder luego realizar cierto acto válidamente. No es fácil encontrar un ejemplo en el Derecho civil vigente. Hasta su derogación, podía entenderse así la pena de interdicción civil, pena accesoria a las de privación de libertad de mayor duración, por la que eran inválidos muchos actos realizados por el penado.

---

[8] En I, XVII, 9, p. 80, tratando de la ley en general, distingue sólo dos tipos de normas invalidantes: «La invalidación puede realizarse de dos maneras, a saber, prescribiendo la forma esencial —si falta la cual el acto no será válido— o prohibiendo el acto en absoluto». Sobre la primera posibilidad, *cfr.* I, XVII, 1, p. 78 y I, XVII, 8, p. 79. Todavía de manera más simplificada, en otros pasos parece identificar las normas irritantes (o la fuerza irritante de las leyes) con dar forma a los contratos y los juicios (en III, XXV, 2, p. 351 distingue en toda ley tres elementos o *vis:* la fuerza directiva, la coactiva y la irritante —con lo que desborda la clasificación cuatrimembre de MODESTINO—, denotando la *irritans seu dans formam contractibus et iudiciis*). Y en I, XVII, 1, p. 78, en que se plantea si las leyes tienen otros efectos además de los cuatro del texto de MODESTINO (*imperare, vetare, permitere, punire:* D. I, 3, 7), se ocupa de las *leges irritantes* —que acabará incluyendo en la virtud directiva del *imperare* o el *vetare,* para separarlas del *punire*— y dice de ellas que «dan forma a los contratos, a los testamentos, etc., y esas formalidades las hacen esenciales, de tal manera que los actos, si se realizan de otra manera, resultan inválidos. A este efecto pertenecen también las invalidaciones de los contratos, las inhabilitaciones de las personas para determinados contratos o cargos».

3. EL CASO DEL TESTAMENTO NULO POR DEFECTO DE FORMA

SUÁREZ propone una y otra vez como ejemplo de *"lex pure irritans"* la norma que exige determinada forma para la validez del testamento. Esta ley «no obliga en conciencia a observar la forma prescrita para el acto o a no realizar el acto sin tal forma» (V, XX, 7, p. 561); la ley «no manda nada acerca del acto mismo ni de su forma, sino que sólo condicionalmente determina que si se hace sin tal forma sea inválido» (V, XX, 2, p. 560); «ni obliga al testador a guardar la solemnidad —pudiendo como puede éste disponer de sus cosas válida e inválidamente—, ni obliga tampoco al heredero, ya que a éste nada le manda» (V, XIX, 10, p. 559).

«No hay ninguna culpa previa ni suficiente causa de pena por parte de aquel cuyo acto se anula; por ejemplo, cuando uno hace un testamento menos solemne, que por ese defecto es nulo, en nada pecó ni hizo nada digno de castigo, porque lo mismo que podría libremente no hacer testamento y no por eso sería digno de pena, también pudo libremente hacer un testamento menos solemne sin incurrir en mancha o causa de pena; luego la nulidad aquella no es pena; luego tampoco la ley es penal sino directiva en un sentido determinado y con determinada eficacia para hacer esa forma como sustancial al acto» (V, XIX, 5, p. 557). De nuevo una páginas más adelante (V, XX, 7, pp. 561-562) señala como ejemplo de ley *"pure irritans"* la que establece la forma solemne para el testamento: ni el Derecho natural ni la ley que da forma sustancial al testamento mandan hacer válidamente testamento, es decir, ni obligan a hacer testamento ni prohíben hacerlo inválidamente, «porque de hacerlo inválidamente sólo se sigue que no tenga efecto, lo cual no es contrario a ningún precepto». Plantea luego una posible objeción: «Se dirá que de ese acto inválido puede seguirse el engaño de otro, su enemistad o algún inconveniente parecido, o que al menos ese acto realizado así será ocioso e impertinente». Y responde, en primer lugar, «que, aun concediendo todo eso, no se sigue que esté prohibido por la ley humana»; en segundo lugar, «que esos efectos no se siguen de suyo sino que son accidentales, porque a veces una razón o fin bueno puede mover a hacer testamento aunque sea sin solemnidad» (V, XX, 8, p. 562).

Difícil expresar con mayor claridad la diferencia entre validez o invalidez, por una parte, y obligación o prohibición, por otra. Probablemente no es SUÁREZ el primero que utilizó a estos efectos el ejemplo del testamento nulo por defecto de forma, y ciertamente no fue el último. Lo notable y que quiero señalar aquí es que el mismo ejemplo de las formas testamentarias ha sido luego utilizado por H. L. A. HART[9] precisamente con la misma finalidad, para mostrar la diferencia entre invalidez y sanción. Más tarde, entre otros, por Julio B. J. MAIER, en monografía que tiene como tema central «distinguir categóricamente los conceptos de validez (o vigencia) por un lado, y de deber (u obligación) por el otro»[10], con la sugestiva circunstancia de que señala como valioso precedente desconocido del mismo ejemplo y distinción la obra del penalista alemán de la Ilustración P. J. A. VON FEUERBACH en obra publicada en 1799[11], al

---

[9] HART, H. L. A., 1974: *The Concept of Law,* Oxford: Clarendon Press, 2.ª ed. [trad. cast. de la 1.ª ed. (1961), por CARRIÓ, G. R., 1963: *El concepto de Derecho,* Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 35-36].

[10] MAIER, J. B. J., 1980: *Función normativa de la nulidad,* Buenos Aires: Depalma, p. 40.

[11] VON FEUERBACH, P. J. A., 1799: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts.* Reproducción de la edición de ERFURT, 1966: Aalen, Scientia, Verlag, t. I, pp. 71-73.

que considera por ello un pionero en distinguir invalidez y prohibición [12]. Como puede verse, la distinción entre las dos clases de normas es formulada con claridad por SUÁREZ y, probablemente, es muy anterior. Posiblemente fue olvidada o muy poco valorada luego por los juristas y redescubierta a mediados del siglo XX en contexto parcialmente distinto, pues ahora importa primordialmente la validez de las normas, mientras que en la tradición del Derecho común importaba la validez de los actos de los particulares (puede sugerirse que la validez de las leyes quedaba encuadrada en la doctrina del Derecho natural en cuanto fundamento material de la fuerza de obligar de las leyes humanas).

4. LA INVALIDEZ NO ES UNA PENA

SUÁREZ ofrece dos conceptos de pena, uno más amplio que el otro. «Aunque la pena, en un sentido riguroso, diga relación a la culpa, sin embargo, en un sentido más amplio de cualquier suplicio, daño o perjuicio, puede aplicarse por una justa causa aun sin culpa» (V, III, 7, p. 466). «En un sentido más general todo daño de la naturaleza, de cualquier causa que proceda, entra en el mal de pena, y en particular y normalmente, toda aflicción que tiene lugar en forma de coacción para que se cumpla una ley, se llama verdadera pena, y ésta puede imponerse sin que haya culpa contra Dios, aunque no sin que haya algún defecto o imperfección en la estimación de los hombres» (V, IV, 5, pp. 469-470).

Las anteriores definiciones, en capítulos dedicados a las leyes penales, presentan como cuestión central la relación entre pena y culpa. Al tratar de las leyes irritantes, se ocupa de la opinión de quienes mantienen que «no son penales, sino morales o directivas de la comunidad» (opinión a la que, en definitiva, se adhiere), en particular de la del canonista Juan ANDRÉS, quien argumenta partiendo de que «sólo hay pena cuando la ley disminuye el patrimonio o quita un derecho adquirido» (V, XIX, 3, p. 555). A SUÁREZ esta razón no le parece decisiva, pues «la invalidación es un gran gravamen y puede causar perjuicio aunque no merme el patrimonio ni quite un derecho adquirido: basta y sobra que impida el que se había de adquirir o el que prive al hombre del poder que tiene de realizar válidamente sus acciones» (V, XX, 8, p. 558). Sobre este poder o potestad que el hombre tiene por Derecho natural hemos de volver, pues parece la razón definitiva por la que SUÁREZ entiende que, si bien la invalidez no es por sí una pena, puede serlo en ciertos casos (es decir, en ciertos casos la privación de la potestad es instrumento adecuado de coacción).

La razón decisiva por la que SUÁREZ entiende que la invalidación no es por sí una pena es que «no hay pena si no precede una culpa; ahora bien, la anulación de un acto tiene lugar sin una culpa previa, luego no es pena» (V, XIX, 3, p. 555). Explica el argu-

---

[12] MAIER, J. B. J., 1980: *Función normativa de la nulidad,* Buenos Aires: Depalma, pp. 118 (n. 139) y 132 (n. 156). El análisis de la validez del testamento sin la forma exigida por el Derecho civil creo que hay que situarlo en la larga disputa de los autores sobre el alcance de la famosa Decretal de Alejandro II sobre la suficiencia de sólo dos testigos (X, 3, 26, 10). Véase PÉREZ-PRENDES, J. M., «Los principios fundamentales del Derecho de sucesión mortis causa en la tardía escolástica española», en GROSSI, P. (ed.), 1973: *La seconda scolastica nella formazione del Diritto privato moderno,* Milán: Giuffrè, pp. 267-272 (no cita a SUÁREZ).

mento con cierto detalle, admitiendo que también cabe la pena sin culpa, aunque no sin causa, es decir, una pena en sentido lato (remite para la explicación de la *lex pure poenalis* a los caps. III y IV del mismo libro V). Añade: «Cuando para la pena no se requiere culpa sino causa, al menos se necesita que esa causa sea un acto libre punible por una causa justa, porque la razón de ser de la pena es únicamente una acción u omisión libre; ahora bien, para anular un acto, no se requiere ninguna causa así, sino otra que se refiera al bien común; luego aquélla no basta para que la anulación sea pena» (V, XIX, 3, p. 556).

De este modo, la ignorancia invencible de la ley, que puede excusar de la pena, no evita la invalidez: «aunque la ignorancia excuse de la culpa, no suprime la fuerza que tiene la ley tanto para obligar —en lo que de ella depende— como para ejecutar» (V, XXII, 1, p. 567); «nadie duda de que la ignorancia de la ley invalidante —ya verse únicamente sobre la fuerza invalidante de la ley, ya absolutamente sobre toda la ley— no impide la invalidación del acto» (V, XXII, 7, p. 569). Tampoco haber actuado por miedo impide la invalidación: «el temor grave no basta para impedir la eficacia de las leyes invalidantes» (V, XXII, 9, pp. 569-570). Puede concluirse que la ignorancia y los vicios de la voluntad y, en general, las motivaciones y circunstancias de la conducta humana que, acaso, excusarían de la pena, nada pueden respecto de la invalidación de los actos [13]. Las normas irritantes no son —por sí— penales, sino directivas, pero en un sentido especial.

La distinción entre fuerza directiva y coactiva de las leyes la introduce SUÁREZ en varios lugares. El efecto o virtud directiva es para obligar en conciencia, la coactiva para someter y obligar a la pena (I, XVII, 4, p. 79); «al poder coactivo le toca forzar moralmente a la obediencia de ambas leyes (directivas: preceptivas y prohibitivas), lo cual se realiza con la amenaza del castigo» (id., 5, p. 79). *Punire* es un efecto mediato de la ley, como accesorios y añadidos para ayudar a la ley a conseguir los efectos correspondientes a *imperare* y *vetare* (I, XIV, 16, p. 75).

Consecuencias importantes de que la invalidación no pertenezca al efecto punitivo de las leyes son estas dos: *a)* la ley natural puede invalidar algunas veces los actos contrarios a sus prohibiciones (I, XII, 2, p. 148; sentada la premisa en el número anterior de que el efecto punitivo no tiene lugar en el Derecho natural), y *b)* los actos del príncipe o del legislador están también sujetos a invalidez, pues «este efecto más pertenece a la fuerza directiva y la ley lo pretende directamente» (III, XXV, 24, p. 358): no sería así si el efecto irritante correspondiera a la fuerza coactiva de la ley, pues la ley no obliga al príncipe en cuanto a su fuerza coactiva (ya que él no tiene superior y la fuerza coactiva pide venir de fuera y es parte integrante de la imposición y ejecución de la pena: III, XXV, 15, p. 355) [14].

---

[13] HIERRO, L. (2003: *La eficacia de las normas jurídicas,* Barcelona: Ariel, pp. 59-60), al ocuparse de la teoría de la ignorancia de las leyes en SUÁREZ, contenida principalmente en el libro II de *De legibus*), añade la siguiente regla, derivada del análisis de SUÁREZ respecto de la invalidación: «Cuando la ignorancia se refiere a la invalidación no impide la invalidación ni cuando es a manera de pena (ignorancia de la pena) ni cuando se trata de leyes que requieren solemnidades o formas especiales para la validez de un acto (ignorancia de la ley)» (V, XXII, 4, p. 568). Lo que transcrito entre comillas es el resumen que HIERRO hace del número citado.

[14] En III, XXV se ocupa SUÁREZ de si el legislador está sujeto a sus propias leyes, y responde que sí, siguiendo la opinión común según la cual el legislador, tanto el civil como el eclesiástico, está obligado a observar sus leyes cuando la materia es común y el motivo para observarla es el mismo para él que para los otros.

5. INVALIDEZ «EN SENTIDO DÉBIL»

He llamado «invalidez en sentido débil» a la que resulta de la mera ausencia en el sistema de una norma con arreglo a la cual el acto sea válido; e «invalidez en sentido fuerte» a la que resulta de la presencia en el sistema de una norma (de incompetencia, invalidante) con arreglo a la cual el acto es inválido[15]. De estas normas invalidantes o irritantes se ocupa SUÁREZ, como vamos viendo. Pero también alude, aunque de pasada, a aquella otra categoría de la invalidez.

Tras sentar la distinción entre la invalidez *ipso iure* y *ut faciendam* (esta última necesitada de sentencia, bien sea condenatoria bien declaratoria), añade que «a estas dos clases de leyes suelen los juristas añadir una tercera: la de las leyes ni favorables ni contrarias al contrato, así llamadas porque no dan acción judicial a ninguno de los contratantes» *(nec assistentes nec resistentes contractui, quia non dant accionem civilem aliqui contraentium).* «Estas leyes no sólo no son invalidantes pero ni siquiera prohibitivas de actos, puesto que ni invalidan ni confirman el contrato, ni lo prohíben ni lo mandan, y así pueden versar tanto sobre actos injustos (...) como sobre actos justos, según lo hace la ley que niega acción judicial por sólo la obligación natural que nace de la simple promesa. Esta clase de leyes se da sobre todo en el Derecho civil (...)» (V, XX, 3, p. 560).

6. LA NORMA PROHIBITIVA NO ANULA, POR SÍ, EL ACTO CONTRARIO

En la dogmática española, prohibición e invalidez se presentan frecuentemente como categorías íntimamente relacionadas. En el extremo, se diría que la invalidez es la sanción por la infracción de una prohibición, erróneo planteamiento a que parece llevar el desafortunado art. 6.3 CC. Como se ha visto, SUÁREZ niega que la invalidez sea, por sí, una sanción, y muestra cómo la invalidez es un efecto de la ley que puede no derivar de ninguna obligación o prohibición antecedente, sino que opera directamente cuando se dan las condiciones previstas en la propia norma invalidante. Muestra también que las normas que establecen formas o modos necesarios para la validez de los actos por lo general no obligan a nada, por lo que la invalidez no es tampoco en este caso consecuencia de una infracción de normas de conducta.

Distingue (núm. 2, p. 351) en la ley la fuerza directiva, la coactiva y la invalidante *(«Distinguenda sunt in lege illa tria, scilicet, vis directiva, et coactiva, et irritans»),* y afirma (núm. 15, p. 355) que la ley no obliga al príncipe en cuanto a su fuerza coactiva. En cuanto al otro efecto de la ley, el irritante, se enfrenta a la dificultad (núm. 24, p. 358) de que este efecto parece penal, de lo que disiente, enseñando que *«hic effectus magis pertinet ad vim directivam, et est per se intentus in lege».* Distingue todavía (núm. 25, p. 359): el efecto irritante «unas veces es pura y propiamente penal, porque se produce únicamente en castigo (...). Otras veces —y es lo más frecuente *(saepius)*— este efecto lo pretende la ley en orden a la honestidad de las costumbres de la república: así, por ejemplo, la solemnidad del testamento se requiere para su validez a fin de que se observe con más seguridad la justicia». De manera similar en I, XVII, 8, p. 80: «Aunque estas anulaciones o inhabilitaciones, muchas veces las impone como castigo, con todo no es así de suyo, puesto que la inhabilitación del sacerdote para el matrimonio no es castigo, ni tampoco lo es la invalidez del matrimonio celebrado sin el párroco y sin testigos, y así otros casos semejantes».

[15] En «El concepto de validez de los actos jurídicos de derecho privado. Notas de teoría y dogmática», cit. en n. 6, pp. 37-39.

Resulta, por tanto, de su análisis —y creo que así es en el Derecho español actual— que la invalidez no es necesariamente consecuencia de la infracción de una prohibición, sino que puede obedecer a otras causas. Dicho de otro modo, las normas de incompetencia *(leges irritantes)* no establecen los efectos de la infracción de deberes.

Cabe, por tanto, invalidez sin prohibición ni norma de conducta antecedente de ninguna clase. Queda por analizar el otro aspecto de la relación entre prohibición e invalidez: ¿siempre que hay prohibición infringida hay invalidez? ¿Es la invalidez —entre otras cosas— la consecuencia necesaria de la infracción de la prohibición?

SUÁREZ, que dedica a la cuestión buen número de páginas, da una respuesta claramente negativa: «Digo, pues, que —por la sola naturaleza de la cosa— la ley puramente prohitiva no anula el acto si tal efecto o intención del legislador no se manifiesta suficientemente de otra manera»[16] (V, XXV, 22, p. 586). Advierte que esto es así «supuesto el significado propio y riguroso de la palabra prohibir sin ninguna adición, ampliación ni interpretación del derecho positivo» (V, XXV, 21, p. 585). Pero que de otro modo será si la palabra "prohibir" ha de interpretarse, en virtud de alguna ley humana que así lo establezca, de tal manera que tenga fueza invalidante, aunque no se añada cláusula alguna irritante.

Esa ley humana, sobre la que también él ha de discurrir ampliamente, es la *Non dubium* (Cod. 1, 14, 5; precedente de nuestro art. 6.3 CC). Donde esté vigente esta constitución imperial, llevará a interpretar las disposiciones prohibitivas como acompañadas de invalidaciones; pero por sí no ocurre de este modo: una cosa es prohibir y otra irritar (invalidar). En la teoría general de las normas[17], son normas distintas las prohibitivas y las irritantes. *«Prohibere actum et irritare illum sunt effectus valde diversi».* «Prohibir no es más que mandar y obligar a que el acto no se haga, y en cambio invalidar no es mandar sino realizar *(irritare autem non es praecipere, sed facere)*[18], es decir, hacer ineficaz a la voluntad o a su consentimiento, o inhabilitar a la persona» (V, XXV, 22, p. 586).

«La prohibición como tal no quita el poder absoluto de realizar el acto: lo único que hace es que no sea lícito; en cambio la anulación priva del poder de hacer el acto válidamente; luego es un efecto distinto». Por ello, «para anular no basta una prohibición, ni siquiera una prohibición directa» (I, XVII, 8, p. 80).

La regla es que la ley prohibitiva «por su propia virtud y —como quien dice— teniendo en cuenta la naturaleza de la cosa no invalida el acto». Esta regla hay que entenderla no en un sentido indefinido (a saber, que la ley puramente prohibitiva no siempre invalida) sino «en un sentido general: a saber, que nunca invalida por sí sola»

---

[16] *«Digo ergo, ex sola rei natura legem prohibentem non irritare actum, nisi alio modo talis effectus, seu intentio legislatoris sufficienter declaretur».* Poco antes había afirmado: «La prohibición de suyo —por muy absoluta que sea— no invalida, y por consiguiente no se ha de establecer como regla que una ley prohibitiva invalide si no mantiene expresamente el acto, sino más bien —al contrario— que no invalida si o expresamente no añade una cláusula invalidante o algo con que la indique suficientemente» (V, XXV, 17, p. 584).

[17] *«Adverto, posse nos loqui uno modo de lege pure prohibente ex sola rei natura, seu, quod idem est, attenta sola verborum vi, supposita significatione propria et rigorosa verbi prohibendi, sine additione, extensione aut interpretatione aliqua iuris positivi»* (V, XXV, 21, p. 585). La identificación entre *rei natura* y *verborum vis* es notable.

[18] Idéntica expresión en I, XII, 2, p. 148.

(V, XXVII, 1, p. 589); si bien, entendida en este sentido general, admite que tenga alguna excepción.

Pero es interesante notar que no considera una de estas excepciones el hecho de que el acto esté prohibido en atención a la justicia, y pone tres ejemplos (que lo son, por tanto, de prohibiciones que no van acompañadas de invalidez): *a)* «la venta a un precio superior al precio justo es injusta, y sin embargo no es nula aun cuando el exceso sea superior a la mitad»; *b)* «si uno se ha casado con una en contra de la promesa hecha a otra, comete injusticia contra ésta, y esa injusticia no puede ser resarcida si el matrimonio que ha venido después es válido; y sin embargo, no por eso la ley que prohíbe tal matrimonio lo anula»; *c)* «lo mismo sucede con la venta y con la entrega de una cosa prometida o vendida pero no entregada a otro: este último contrato es válido aunque sea prohibido e injusto» (V, XXVII, 9, p. 592) [19]. Análisis este último perfectamente aplicable al Derecho español vigente, en la interpretación del art. 1.473 CC.

Son dos las excepciones que admite, es decir, dos supuestos en que la ley prohibitiva tiene también virtud para invalidar *(vis irritandi).* Una se encuentra en ciertas normas que establecen forma sustancial para el acto y prohíben realizarlo sin esta forma (el Decreto de Trento imponiendo forma para el matrimonio es su ejemplo, pero en otros lugares parece considerarlo como norma directamente invalidante, acompañada de otra prohibitiva).

La otra excepción en que la norma prohibitiva tiene virtud para invalidar tiene mayor interés para nosotros: cuando conste que «no sólo prohíbe el acto sino que además impide el efecto o la obligación que tal acto podía producir» (V, XXVII, 6 y 8, p. 591) [20]. En este caso la ley «ya no es puramente prohibitiva del acto sino que avanza más hasta impedir su efecto. Por eso es preciso que esa ampliación se exprese suficientemente en la ley», bien con palabras expresas, bien «cuando la razón de la ley prohibitiva mira más o igual al efecto del acto que al mismo acto por prohibirse el acto únicamente con el fin de evitar tal efecto». Pone un par de ejemplos: *a)* ley que prohíbe poner una pena a los esponsales (la razón de esa prohibición es para que los matrimonios sean libres); *b)* la ley civil que prohíbe la promesa de revocar el testamento o de hacer heredero: «a esa ley se la tiene por invalidante en virtud de la razón de la prohibición, que es que los testamentos deben ser libres» (V, XXVII, 8, pp. 591-592). Creo que, en su pensamiento, deben añadirse también los casos en que los efectos del acto están reprobados por el Derecho natural, casos en que la ley positiva es declarativa del Derecho natural. «Por ejemplo, cuando la ley prohíbe una promesa que es mala por parte del objeto, por ello mismo la anula, o mejor, declara que es nula, porque la misma malicia que hay en el acto de prometer la habría en la obligación de hacer una cosa mala si la promesa produjese esa obligación» (V, XXVII, 7, p. 591) [21].

---

[19] Ejemplos y razonamientos similares en I, XII, 4-6, pp. 149-150.

[20] *Cfr.* V, XXIX, 6, p. 602: *«Potest autem actus esse contra ius, non solum cum fit, sed etiam postea cum impletur, et tunc omnino est declarandus actus nullus».* En I, XVII, 5, p. 149, de manera similar, señala la invalidez de los actos cuando están prohibidos por la inconveniencia o fealdad que se halla en su materia, «cuando esa fealdad perdura en el efecto o —como dicen los juristas— cuando tiene una causa perpetua».

[21] «Es preciso advertir que una promesa puede ser contraria a las buenas costumbres naturales, y que entonces es completamente nula; otras veces es contraria solamente a las costumbres civiles, y entonces basta

En estos casos lo prohibido no es la celebración del acto, sino las consecuencias que se seguirían de él, lo que sólo es posible cuando el contenido del acto es determinado por el sujeto del mismo. Es decir, cuando el acto, en terminología actual, es un negocio jurídico: es notable que todos los ejemplos de SUÁREZ se ocupen de cláusulas testamentarias o de promesas.

La invalidez, entonces, procede del contraste del contenido significativo del acto con una norma superior. En términos de una clasificación hoy bastante corriente, la llamaríamos «invalidez material» (como contrapuesta a formal), que afecta directamente a la norma que se pretende crear (y sólo como consecuencia, en su caso, al acto, dejándolo inútil). Por eso la invalidez material, por contradicción de la norma privada con norma superior, puede ser sólo parcial o de sólo alguna de las cláusulas del negocio jurídico. En el terreno del Código civil español, es la invalidez que corresponde al art. 1.255 (cláusulas y condiciones contrarias a las leyes, a la moral o al orden público), no la prevista en el art. 6.3 para los actos contrarios a una prohibición.

7. LA *LEX NON DUBIUM*

En algunos Derechos positivos hay normas interpretativas que establecen «la regla general de que el sentido de la ley prohibitiva jurídicamente se deba interpretar de tal manera que tenga fuerza de ley invalidante». Regla de interpretación que lleva a afirmar la existencia de dos normas legales expresadas en una sola disposición (ambigüedad simultánea).

SUÁREZ excluye que una regla semejante exista en el Derecho canónico[22] (V, XXIX, pp. 600-602), y esta constatación contribuye sin duda a la formulación de sus ideas sobre la distinción entre prohibición e invalidez en la teoría general.

Cuando pasa a ocuparse de Derecho positivo, dedica un entero capítulo, bastante largo (V, XXVIII, pp. 592-600), a la ley *Non dubium* y su trascendencia en el Derecho civil común. Comparte básicamente la actitud restrictiva que trata de limitar su alcance y que fue, posiblemente, la más extendida en el Derecho común europeo y sin duda entre los autores españoles de la segunda escolástica[23].

En particular, acepta las tres importantes limitaciones que toma de VÁZQUEZ DE MENCHACA (V, XXVIII, 15-17, p. 598): la ley *Non dubium: a)* sólo se aplica en los

---

que sea nula civilmente, pues la cosa hay que entenderla proporcionalmente». Del mismo modo «se dice que que ha escrito algo contrario a la ley cuando el testador manda hacer algo contrario a la ley: ese mandato no tiene valor alguno» (V, XXVIII, 13, p. 597).

[22] Así sigue siendo hoy día. De acuerdo con el canon 10 (CIC 1983) «sólo han de tenerse por irritantes o inhabilitantes aquellas leyes por las que expresamente se estatuye que el acto es nulo o la persona inhábil» *(Irritantes aut inhabilitantes eae tantum leges habendae sunt, quibus actum esse nullum aut inhabilem esse personam expresse statuitur).*

[23] Lo muestra CARRASCO, Á., con cita (además de SUÁREZ) de Alfonso DE CASTRO, SOTO y MOLINA. De SUÁREZ dice lo siguiente: «De hecho, en una construcción doctrinal demoledora de la ley romana, Suárez acabará postulando justamente la pertinencia de la regla contraria: la ley sólo invalida si expresamente prevé este efecto; *per solum verbum prohibendi non explicatur effectus irritandi*» (CARRASCO PERERA, Á., 1992: «Comentario al art. 6.3 CC», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales,* I, vol. 1, 2.ª ed., Madrid: Edersa, pp. 773-774).

territorios del imperio, no en los reinos cuyos soberanos no están sujetos al emperador; *b)* puede ser abrogada por la costumbre («más aún, Molina opina que así ha sucedido de hecho y que la costumbre ha prescrito en contra de esta ley»); *c)* «la tercera limitación es que se entienda de las leyes que prohíben sencillamente el acto en cuanto a la sustancia de éste, o —por decirlo así— en cuanto a su ejercicio, pero no de las leyes que prohíben sus circunstancias, sobre todo las de tiempo o lugar, que son muy extrínsecas». Por otra parte, cree que el acto no deja de tener valor (validez), en virtud de la ley *Non dubium,* hasta que la sentencia así lo declare o lo anule.

La ley *Non dubium* no está vigente en el Reino de España. En consecuencia, «en nuestro reino de España las leyes puramente prohibitivas no anulan los actos si no lo manifiestan suficientemente mediante alguna cláusula especial», pues «ninguna ley existe en España que interprete así en general la simple prohibición de las leyes; luego no bastando ésta —por la naturaleza de la cosa— para anular, ninguna base hay para esa interpretación».

No tiene el alcance de la ley *Non dubium,* según SUÁREZ, una conocida ley de Partidas (5, 11, 28, al final), según la cual «todo pleyto que es fecho contra nuestra ley, o contra las buenas costumbres, que non debe ser guardado; maguer pena o juramento fuesse puesto en él». Aunque Gregorio LÓPEZ parece interpretar esta ley conforme a la ley *Non dubium* —explica SUÁREZ (V, XXX, 3, p. 603)—, esa interpretación no es necesaria: en la ley de Partidas «se habla de la promesa contraria a la ley o a las buenas costumbres *obiective* [en cuanto al objeto], es decir, de la promesa de hacer algo malo o prohibido por la ley; ahora bien, de esa promesa se dice que no obliga, no porque la prohibición de la ley anule el acto sino porque hace que el acto sea malo, y en consecuencia —como por su naturaleza la promesa de un acto malo es nula— de ahí se sigue que tal promesa, por su misma naturaleza, no obliga». La nulidad, podemos decir, es "nulidad material", al contrastar el contenido del acto con norma superior, no nulidad "formal" del propio acto. SUÁREZ observa agudamente que «si se tratase de una ley que lo único que prohibiese fuese el acto de prometer o de pactar, no sería verdad en general que no obligaba aunque se hubiese añadido un juramento». «A esto se añade que en esa ley no sólo se dice que tal pacto no obliga sino también *Non debe ser guardado,* es decir, cumplido, palabras que parecen significar también la obligación de no cumplirlo; luego es señal de que esa ley habla de la promesa de obrar en contra de la ley, y así nada tiene que ver con nuestro caso».

8. NORMAS DE COMPETENCIA Y NORMAS DE INCOMPETENCIA

No es mi intención dar a entender que en la obra de SUÁREZ se encuentra una identificación suficiente de las normas de competencia *(power conferring rules),* en el sentido y alcance que este concepto tiene en la actual teoría de la norma. El contexto es sin duda muy distinto. Sin embargo, sí me parece que SUÁREZ (posiblemente recogiendo ideas más o menos extendidas en la doctrina del Derecho común europeo) distinguió y separó claramente, en un plano teórico muy general, el *posse* del *licere,* al ocuparse de ciertas normas, las irritantes, que contrastó con las que regulan la conducta de los individuos estableciendo obligaciones o prohibiciones; y que de este modo avanzó interesantes ideas sobre los poderes o potestades necesarios para realizar (váli-

damente) actos jurídicos, así como sobre las normas que los confieren o que privan de ellos.

SUÁREZ se ocupa de la validez de los actos jurídicos, no de la validez de las normas. Para la validez de los actos jurídicos se requiere un poder o potestad, que es el primer fundamento de la validez del acto (*«cum potestas sit primum fundamentum valoris actus»),* de modo que quien niega la potestad quita la raíz de la validez *(«qui negat potestatem tollit radicem valoris»)* (V, XXXI, 11, p. 607). Que el fundamento de la validez del acto es la *potestas moralis* del sujeto no es una idea accidental en SUÁREZ, sino que de ella parte también para explicar cuándo son inválidos los actos por Derecho natural: la primera regla es cuando hay falta de poder, y la razón de la regla es que en estos casos «falla el principio —llamémosle así— sustancial de la validez del acto, que es el poder moral, es decir, un poder que incluya la voluntad suficiente, porque sin poder y sin voluntad no puede darse un acto válido»[24].

Este poder o potestad (competencia), por lo que se refiere a contratos, testamentos y actos similares, viene conferida por el Derecho natural (*«voluntas humana ex iure naturae habet hanc potestatem contrahendi, donandi et alia similia faciendi»,* V, XXVI, 25, p. 587). El sujeto tiene este poder mientras que el legislador no le prive del mismo mediante *lex irritans* (que es odiosa por producir esta privación, aunque puede estar justificada, como puede estarlo la privación de libertad). De esta manera, cuando la ley impide donar, o hacer testamento, sin ciertas formas o consentimientos, o de determinada manera, se entiende que «la ley quita sencillamente el poder, y que en consecuencia invalida el acto» (*«censetur... simpliciter aufferre potestatem, ac subinde invalidare actum»,* V, XXXI, 15, p. 609)[25].

La privación de la potestad que operan las leyes irritantes es efecto directo de la ley. Creo que podemos caracterizar las normas irritantes, en la obra de SUÁREZ, como normas constitutivas, pues aunque no utiliza esta expresión, significa su contenido con toda claridad, distinguiendo su forma de operar de la propia de las normas de conducta: «prohibir un acto e invalidarlo son efectos muy distintos (...) prohibir no es más que mandar y obligar a que el acto no se haga, y en cambio invalidar no es mandar sino realizar, es decir, hacer ineficaz a la voluntad o a su consentimiento, o inhabilitar a la persona» (*«prohibere actum et irritare illum sunt effectus valde diversi (...) prohibere solum est praecipere, et obligare, ut actus non fiat;* ***irritare autem non est praecipere, sed facere,*** *scilicet inefficacem reddere voluntatem, vel consensum eius, aut inhabilitare personam»,* V, XXV, 22, p. 586)[26].

Las leyes irritantes, como hemos visto, no son penales, sino leyes directivas de una clase particular (*«ergo nec lex est poenalis, sed directiva tali modo et cum tale efficacia*

---

[24] *[T]ollitur principium substantiale (ut sic dicam) valoris actus, quod est potestas moralis, id est, quae habeat adiunctam sufficiemtem voluntatem; sine potestate autem et voluntate non est actus validus* (II, XII, 4, p. 149).

[25] *[P]rohibitio, ut sic, non tollit absolutam potestatem faciendi actum, sed facit, ne liceat: at irritatio privat potestate faciendi valide actum; est ergo effectus distinctus* (I, XVII, 8, p. 80).

[26] Interesante la comparación que el propio SUÁREZ introduce entre esta configuración de las *leges irritantes* (como constitutivas) y las leyes que establecen la prescripción (usucapión), cuyo efecto es "traspasar la propiedad": «la ley ordena que éste y no aquél sea dueño, y **el modo como manda es haciendo,** porque, de no ser así, no podría mandar eficazmente» *(lex praecipit hunc esse dominium, et non illum,* ***praecipit autem faciendo,*** *quia alias non posset efficaciter praecipere)* (I, XVII, 11, p. 80). Insiste luego (p. 81) en que producir estos efectos «formalmente **no es mandar sino obrar** y —como quien dice— donar» (***formaliter non est***

ut constituat illam formam tamquam substantialem actui», V, XIX, 5, p. 557). SUÁREZ explica con claridad que la manera de dirigir las acciones humanas propia de las normas invalidantes no es la misma de las normas que prescriben o prohíben, luego debe entenderse de otro modo la virtud directiva de tales normas. En un lugar al menos las vislumbra como normas (constitutivas) a partir de las cuales el destinatario puede construir reglas técnico-institucionales. Ya casi al final del libro V (V, XXXIII, 1, p. 613) se ocupa de la publicación de las leyes irritantes. Una objeción contra la necesidad de publicación podría ser que la norma irritante produce su efecto aunque el destinatario la ignore (a diferencia de las normas de obligación) y sin que se precise una acción consciente del individuo *(«quia irritatio in particulari non fit per applicationem conscientiae, sicut obligatio»).* SUÁREZ afirma que esto es así, y que una cosa es la fuerza de obligar de la ley *(vis obligandi)* y otra su virtud invalidatoria *(virtus irritandi),* pero afirma también que en ambos casos es precisa una regla pública por medio de la promulgación: «la razón es que también la ley invalidante es regla general de las acciones humanas (...) porque es necesario que la gente sepa cómo pueden y deben realizar sus acciones para que sean válidas» *(«Et ratio est, quia etiam lex irritans est generalis regula actionum humanarum (...) quia necessarium est ut homines sciant, quomodo possint, ac debeant actiones suas facere, ut valide sint»).* Las normas irritantes, diríamos con terminología actual, aunque no son normas prescriptivas, sí suministran razones auxiliares para la acción, y ello es suficiente para que sea preciso promulgarlas para su entrada en vigor.

Parece claro que podemos identificar las normas irritantes de SUÁREZ con las "normas de incompetencia". El propio SUÁREZ lo facilita sobremanera, al configurar, al menos en algunos contextos, las normas irritantes como normas que inhabilitan a la persona y le privan del poder de realizar el acto. Forma de ver las cosas, por lo demás, muy asentada en el Derecho canónico, tanto en el clásico como en el hoy vigente [27].

De "normas de competencia" de Derecho positivo se ocupa también en cierto momento, al señalar la dificultad de interpretación de expresiones como "no puede" *(non potest)* o "no pueda" *(non possit),* bien como normas que prohíben, bien como normas que invalidan (V, XXXII, 14, p. 608), a la vez que introduce la importante distinción entre poderes o potestades de Derecho público y de Derecho privado: actos que dependen de un poder conferido por el príncipe y actos de autonomía privada. En sus palabras: si el acto «depende de un poder concedido por el príncipe, por el estado o por una autoridad jurídica —como es una sentencia, una elección, la enajenación de bienes comunes o eclesiásticos, y toda administración pública o que se realiza con autoridad pública, como es el oficio de tutor o curador y otros semejantes— o si es un acto de propia autoridad y señorío, como es hacer testamento, enajenar cosas propias, etc.». En el primer caso (competencias de derecho

---

praecipere, sed agere *et quasi donare).* Concluye: puesto que no se realiza sin un precepto, «este efecto se atribuye a la ley, por más que —según he dicho— sea formalmente distinto y tal vez por ello no se cuenta entre los efectos de la ley como tal. **Esta doctrina puede también aplicarse al efecto de la invalidación**» *(Quae doctrina ad effectum etiam irritandi applicari potest).* SUÁREZ va tanteando un acomodo para las normas constitutivas que el análisis le descubre (cuya *vis* sería *facere, agere, operari*) y no lo puede encontrar en la clasificación de MODESTINO *(imperare, vetare, permitere, punire).*

[27] *Cfr.* CIC 1983, can. 10, 14 y 15.

público) es el mismo legislador que confiere el poder el que priva de él (por eso si establece alguna forma del acto más fácilmente parece que invalida al realizado sin tal forma).

9. PODER DE LOS PARTICULARES Y ACTOS DE AUTONOMÍA PRIVADA

Los actos de autonomía privada, por el contrario (V, XXXII, 15, p. 608) *(actus privati dominii, actus propriae auctoritatis et dominii),* no dependen de una potestad conferida por la ley o por el estado *(non pendet a potestate concessa a lege, vel republica),* sino de una potestad que le compete a cada uno por el Derecho natural o por Derecho de gentes *(sed quae unicuique, vel iure naturae, vel iure gentium convenit).* Por ello la ley que hace nulo el acto no priva al sujeto de un poder que ella le dio, sino de un poder que el sujeto ya tenía previamente; en consecuencia, no debe presumirse que por las expresiones "no puede" o "no pueda" se le prive de este poder, sino que habrá que atender a cada caso.

Ahora bien, lo anterior no significa, en el pensamiento de SUÁREZ, que la obligación que nace de los actos de los particulares tenga su causa en la propia voluntad. Por el contrario, en el voto, en la promesa, en cualquier pacto en general, «no surge la obligación más que en virtud de la ley. En efecto, en todos ellos conviene distinguir entre el fundamento o materia próxima de la obligación y su razón o causa propiamente dicha: el fundamento consiste en alguna acción humana, pero —supuesta ésta— el que obliga es el derecho» (I, XIV, 12, p. 70) [28]. Este Derecho puede ser el divino (caso del voto), el natural, el de gentes o el civil.

Es interesante el contexto de las anteriores explicaciones. SUÁREZ afirma que el obligar es «efecto adecuado» de la ley en el sentido (entre otros) de que sólo de la ley surge la obligación [29]. Se presenta como objeción el voto, la promesa, los pactos, que también obligan: pues bien, SUÁREZ prueba su tesis con los mismos ejemplos, afirmando que, en estos casos, obligar es también propiamente efecto de la ley.

El poder para los actos de autonomía privada procede del Derecho natural, pero es el Derecho civil el que establece las condiciones de actualización del poder, mediante las *leges irritantes* [30]. Esto podría ser el resumen de las enseñanzas de SUÁREZ sobre la materia.

Es probable que el fundamento «de Derecho natural» de la autonomía privada siga hoy condicionando muchos razonamientos de los iusprivatistas, incluso de aque-

---

[28] *[E]x his omnibus (voto, promissione, aut quocunque pactu) non oritur obligatio nisi ex virtute legis. In illis enim omnibus distinguere oportet fundamentum, seu proximam materiam obligationis a propia ratione et causa eius: nam fundamentum consistit in aliqua actione humana: illa vero supposita, ius est, quod obligat* (I, XIV, 12, p. 70).

[29] *Si obligatio proprie et cum proportione sumatur semper oritur ex aliquo iure, et lege, atque ita in hoc sensu dici potest hic effectur adaequatus legis* (I, XIV, 11, p. 70).

[30] También advierte SUÁREZ, en alguna ocasión, que los actos son válidos gracias al Derecho civil (*stare contractui habenti vires et valorem ex adminiculo iuris civilis:* III, XXV, 23, p. 358).

llos que no se sentirían inclinados a afirmarlo expresamente. En todo caso, la resistencia observable a admitir que el poder de los particulares para regular válidamente sus propias incumbencias sea un poder conferido por el ordenamiento estatal tiene claramente estas raíces de «Derecho natural».

ETNOMÉTODOS Y DECISIÓN JURÍDICA: EL DERECHO ESTATAL COMO VÍA PARA LA CONCRECIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. UNA PROPUESTA METODOLÓGICA

Artur Stamford da Silva

Universidade Federal de Pernambuco. Brasil

RESUMEN. ¿Son las normas jurídicas estatales límites para la decisión jurídica a favor de la concreción de los derechos humanos? Nuestra propuesta es que el uso de los textos legales a favor de los derechos humanos es una cuestión valorativa, de interpretación y aplicación de los textos jurídicos. Pensamos que las dificultades no están en los textos "en sí", sino en las personas responsables de aplicar las normas jurídicas estatales. Si es así, el estudio de los etnométodos y de las semánticas sociales propias de la comunidad jurídica, pueden servirnos para comprender la toma de decisiones jurídicas y la posibilidad de que los derechos humanos ganen eficacia a través del uso de los textos legislados.

Palabras clave: Derechos humanos, Etnométodos.

ABSTRACT. Are legal norms issued by the State pursuing the concretion of human rights adequate limits to legal decisions? We consider that whether using legal texts granting human rights is a value concern question: specifically a problem of interpretation and application of those legal texts. Difficulties are not in the text themselves but in the people in charge of the application of those legal norms issued by the State. If this thesis is right then to study the ethnomethods and the social semantics characteristic of the legal communities, could enable us to properly understand legal decision-making and the chance for human rights to be more efficacious once they are in legal texts.

Keywords: Human Rights, Etnomethods.

«Que el mundo va de mal en peor es una queja tan vieja como la propia historia...».

(KANT, Immanuel. A Religião Dentro dos Limites da Simples Razão: *Os Pensadores,* vol. XXV. São Paulo: abril, 1974, 365)

1. LÍMITES TEÓRICOS Y PRÁCTICOS

La convivencia social produce normas y al mismo tiempo conflictos. Esta afirmación no aporta nada nuevo a ningún debate. Tampoco hay novedad en afirmar que los derechos humanos tienen la función de denunciar las explotaciones, la desigualdad, la exclusión social. Con esto apenas llamamos la atención sobre el hecho de que la práctica de vivir en sociedad implica vivir la paradoja del límite: el límite entre el orden, las reivindicaciones y el desorden. La paradoja del límite nos lleva a frases como: hacer la guerra para hacer la paz, imponer la democracia y tantas otras oraciones semejantes. Muchos de los argumentos utilizados por los defensores de los derechos humanos pueden servir a gobiernos democráticos igual que a gobiernos tiránicos y dictatoriales. Nuestra propuesta es cuestionar en qué medida la legalidad estatal puede servir para la defensa de los derechos humanos, principalmente si consideramos que la vida en sociedad crea normas y, al mismo tiempo, estimula el cambio social.

Lo mismo ocurre con los aportes teóricos y sus diversas dicotomías: público y privado, Derecho natural y iuspositivismo, individualismo y colectivismo, objetivismo y subjetivismo, etc. En estos casos estamos hablando de la paradoja del límite. La teoría construye los patrones del pensar y del conocer al mismo tiempo que nos lleva a buscar medios para cambiarlos, para, de esta manera, continuar siendo capaces de explicar la vida en sociedad. Por ejemplo: de un lado están los que abogan porque todo está en la ley (los ontólogos, legalistas y dogmáticos formalistas, como en la Escuela de la Exégesis); del otro lado, los que dicen que el juez primero decide y después recurre a un texto legal para justificar su juicio (nihilismo retórico). Estos dos extremos nos llevan a la paradoja de que tanto los legalistas como los nihilistas abogan por la arbitrariedad como explicación de la decisión jurídica. Los primeros, por la arbitrariedad de la norma jurídica (del texto), y los otros, por la arbitrariedad del juez. Pero eso no deja de ser una más de las dicotomías de la modernidad, llena de engaños y falsos dilemas.

La propuesta es cambiar o, si fuera posible, suprimir el raciocinio causal y las dicotomías. Para eso, una forma de hacerlo es evitar recurrir a clasificaciones *pre-formateadas* (*a priori*), evitar los juicios basados en el oí decir, como son las opiniones personales, los argumentos de autoridad. No hay duda de que existen límites. Sin embargo, ¿es posible identificarlos?

En la sociedad actual, según la forma positivista del Derecho, desde la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos, no se hace ciencia jurídica sino a través de la fórmula de la racionalidad causa-efecto y el método deductivo. Hoy se sabe que las teorías no son suficientes, así como la práctica tampoco lo es, para establecer criterios para las decisiones justas, correctas. No hay fórmula, no hay modelo capaz de servir a todos y para todo indistintamente, pues nada es distinto y nadie es igual. Pero que no haya fórmulas y modelos no significa que debamos adherirnos a la lógica del "todo

vale". Decir que no hay un modelo perfecto no es lo mismo que defender la inexistencia de parámetros para la toma de decisiones. Más aún, creer en un modelo definitivo no es una paradoja, es un engaño.

Las expresiones «norma jurídica estatal» y «textos legislados» serán tratadas como sinónimas y las dos se refieren a la creación de normas por autoridades jurídicamente competentes para producirlas, o sea, Derecho estatal.

Volviendo a la cuestión del engaño, al mismo tiempo que los derechos son criterios abstractos y generales para las decisiones jurídicas, sufren adaptaciones cuando son usados en las tomas de decisiones. Por eso imaginar un modelo en definitiva es un engaño.

Suponemos que la toma de conciencia de la desigualdad social, así como de sus consecuencias, ya se va dando. Entonces no cabe limitarse al discurso descriptivo de la desigualdad social, es preciso más. Por ello, nuestra pretensión es reflexionar sobre el Derecho como criterio de decisión, sea judicial, sea de los individuos en convivencia social [1].

Definir criterios es hacer elecciones, o sea, toda norma jurídica podría tener un contenido diverso del establecido; es lo mismo que preguntar: ¿por qué el Derecho dice lo que dice y no otra cosa? [2]. ¿Por qué la mayoría de edad es 18 años en unos países y 21 en otros? En términos de posibilidades sociales, de opciones, podría ser cualquier otra: ninguna, 14 años, 16 años, 21 años, cualquiera. Establecer que la mayoría de edad es 18 años es escoger una dentro de las innúmeras posibilidades en el mundo social. Con eso, cuestionamos si hay diferencia de grado de libertad en la toma de decisión política y en la toma de decisión jurídica, como enseña Hans KELSEN.

Sabemos que la actividad de interpretación, aplicación y comprensión involucra los textos de las normas abstractas, así como las descripciones de los casos concretos y los textos de las jurisprudencias. Si es así, al cuestionar la relación entre la decisión política y la decisión jurídica, preguntamos: ¿quién establece esos criterios? O bien, ¿cómo hablar de derechos humanos como búsqueda de una sociedad más justa? ¿Qué justicia es ésa? ¿Qué criterio de justicia es posible establecer previamente? ¿Cómo considerar una norma jurídica estatal como Derecho injusto?

Una vía es concebir el Derecho como un producto cultural, lo que nos lleva a la visión de que el contenido de sus normas puede cambiar, según cambie el interés político, por ejemplo. El culturalismo nos lleva a la trampa del naturalismo historicista. De todas formas, seguimos creyendo que los textos legislados sirven para evitar el caos social, pero ¿por qué? ¿Por qué nos sentimos incluidos y no excluidos? ¿Por qué nuestras elecciones en la vida no están amenazadas por el Derecho, pero sí por la lógica del mercado? Una razón es porque insistimos en creer que el Derecho es una institución social inmune a los intereses y valores sociales. Con todo, seguimos sabiendo que no existe un mecanismo para impedir que por medio de un golpe de Estado, incluso basado en el cambio de legislación constitucional, sea implementada una dictadura en cualquier país.

---

[1] LUHMANN, N., 2005: *El derecho de la sociedad,* México: Universidad Iberoamericana; SAMPAIO FERRAZ JR., T., 1998: *Função social da dogmática jurídica,* São Paulo: Max Limonad.

[2] CORREAS, O., 1995: *Crítica da ideologia jurídica. Ensaio sócio-semiológico,* Porto Alegre: SAFE, pp. 17-20.

Otra vía es concebir que del cambio de los jueces en un tribunal resultarán cambios en sus decisiones. En este caso, no hay que hablar de cultura, pero sí admitir que interpretar y aplicar las normas jurídicas estatales es más que hacer elección entre alternativas legislativas. La lectura de los textos legales no se realiza sin la intervención de la visión de mundo del que juzga, pero no se agota en la opinión personal del juez (arbitrariedad aislada, solipsismo judicial); más bien, la opinión del juez está mezclada con la opinión de la comunidad jurídica a la que pertenece. Así, la vía de la interpretación no elimina completamente la posibilidad de que el Derecho estatal pueda ser usado para apoyar decisiones jurídicas a favor de la concreción de los derechos humanos.

Más aún, decir que el Derecho es un producto cultural no basta para verlo como un obstáculo o instrumento de transformación social. Reflexionar sobre la formación de una cultura, de una lengua, sobre cómo se establecen las reglas de convivencia social, ayuda a pensar que el Derecho puede servir como instrumento contra la desigualdad social, pero también puede servir de instrumento de dominación. La cuestión está en que el uso del texto legislado no se agota en el "texto en sí", las personas son quienes lo usan y lo ponen en acción. Por eso el estudio de la semántica social de la comunidad jurídica puede servir para aclarar diversas cuestiones que las teorías de la argumentación no consiguen.

Otro punto es que basarse en frases de efecto como «precisamos unirnos en la solidaridad para luchar contra la explotación de los excluidos», o en denuncias obvias como «la globalización produce más hambre, miseria y pobreza», llevan a la falta de creencia de los derechos humanos, no despiertan ninguna sensibilización. Primero porque la lucha por la paz es un argumento auto-refutable así como la verdad no puede ser encontrada. Por eso consideramos necesario distinguir la paradoja del engaño. Expresándonos de otra forma, el discurso basado en recursos emocionales puede servir para despertar sentimientos de culpa en personas sensibles a esos tipos de discursos, pero no sirve como medio para alcanzar algunas conquistas efectivas a favor de un cambio en la lectura del Derecho. Tampoco ayuda a atraer nuevos adeptos, sino todo lo contrario.

Partiendo de la visión de que no hay cómo legitimar los derechos humanos recogiendo los discursos emotivos, nuestra pretensión es reflexionar sobre posibles caminos hacia la eficacia de esos derechos haciendo uso del Derecho estatal. Por eso, la perspectiva que el lector debe tener en cuenta durante la lectura de este trabajo es que, no habiendo como separar el Derecho de la política, como apartar los juegos de interés, cabe a los llamados «defensores de los derechos humanos» hacer uso de los mecanismos jurídicos ya establecidos. Por medio de la hermenéutica, interpretando, aplicando y comprendiendo los textos legislados a favor de la ideología de los derechos humanos, es posible avanzar en el intento de tornar eficaz derechos humanos como espacio para la inclusión social. Pero ¿interesa a los juristas promover la inclusión social?; o sea, ¿tiene el sistema jurídico función de promover o estimular cambio social?

Concibiendo la modernidad como el período de la racionalidad, en relación con el mundo jurídico, cuando se piensa en garantizar derechos, se deposita en la codificación gran confianza para realizar esta tarea. La lógica es que las normas abstractas y generales son suficientes para resolver cualquier problema social. Ocurre que, tra-

tándose de la eficacia, no basta tener normas abstractas y generales. De todas formas, plantear la defensa de un derecho ante de los tribunales implica recorrer el camino de los discursos basados en textos legislados. Incluso cuando se habla de justicia, un principio evocado es el principio de la imparcialidad. Max WEBER, por ejemplo, después de distinguir el Derecho garantizado coactivamente (Derecho formal y Derecho informal), apunta como caso límite para el Derecho informal que sus normas sean creadas por quien no las va a aplicar y que su aplicación ocurra de modo personalmente desinteresado, pues en caso contrario no se puede decir que es Derecho, pero sí coacción arbitraria, como hacen los mafiosos y el narcotráfico[3].

Mucho se habla de crisis, pero, con relación al Derecho, las crisis significan plantear cambios en los antiguos institutos o proponer nuevos institutos jurídicos y procesales (procedimiento electoral; procedimiento legislativo y procedimiento judicial). O sea, para enfrentar las crisis se proponen nuevas reglas, nuevos institutos, reformulaciones en los presupuestos jurídicos, pero no se habla de cambiar la lógica **de lo** jurídico.

Llegamos hasta tal punto que la lentidud procesal (la estagnación y mal funcionamiento de los institutos jurídicos) sirve para el uso del Derecho estatal en beneficio de los sin tierra. Abogados brasileños que defienden a campesinos (*grilheiros*) en la región de *Araguaia* (Tocantins-Brasil) han utilizado esa lentidud y los mecanismos formales de la legislación procesal para mantener a los campesinos en las tierras[4]. El uso de la fuerza física no ayuda a defenderse de decisiones jurídicas que establecen la devolución de la posesión de las tierras a los que tienen el título formal de propiedad, entonces el camino fue impedir la salida de los *grilheiros* de las tierras recurriendo y usando instrumentos jurídicos como las acciones judiciales cautelares. La experiencia demostró que bastaba dificultar el proceso judicial por el cual el propietario de las tierras tomase pose para que ellos desistiesen de dar continuidad a la acción judicial de reintegración de posesión. Así los *grilheiros* se mantuvieron en las tierras.

Hay, pues, límites en la visión positivista dogmática. A partir de la idea del Derecho como sistema se supone que el Derecho es separable de la política y, en nombre de la seguridad jurídica y de la certeza del Derecho, las normas jurídicas son pensadas como dogmas, lo que hace creer que las decisiones jurídicas son verdaderas, correctas e indiscutibles. Para ligar estas ideas con nuestros propósitos en esto texto, haré algunas llamadas de atención para evitar más engaños. La primera llamada de atención se refiere a la posibilidad de cambio de la forma y cómo el orden social es establecido. Ni siempre el orden social contó con la forma del Derecho positivo, tal como el proceso de positivación del Derecho se dio de forma diversa en Francia (*civil law*) y en Inglaterra (*common law*). Estos datos generan esperanzas de cambio en el orden social moderno, pues siendo el Derecho puesto por medio de la voluntad humana y al ser esta voluntad cambiante, la forma como hoy vivimos el orden social también puede cambiar, o incluso el Derecho puede servir a la inclusión social. Nos interesa, con eso, evidenciar que muchas veces dejamos de usar mecanismos estatales favora-

---

[3] WEBER, M., 1996: *Economia y sociedad,* México, Fondo de Cultura Mexicana, pp. 257-258; BARRY, B., 1997: *La justicia como imparcialidad,* Barcelona: Paidós.

[4] DE ALENTAR ROCHA, O., 1989: «O Advogado Popular e o Judiciário», *Direito Insurgente II,* Anais da II Reunião LAJUP, S.L.: LAJUP, pp. 43-61.

bles a la concreción de los derechos humanos por causa de una idea preconcebida. Esto ocurre incluso porque estamos tan envueltos en la crítica por la crítica y en señalar defectos del Estado que dejamos de detectar puntos y mecanismos que puedan venir a beneficiar la inclusión social[5].

La segunda llamada de atención afecta a la cuestión lingüística. El hecho de que no haya una única lectura correcta no significa negar la posibilidad de que haya una lectura equivocada. Aceptar que no haya una única decisión correcta no significa decir que no existan límites a la decisión, ni que no haya decisiones erradas. Esto es una falsa paradoja. Lo peor de todo es que esa falsedad impide que identifiquemos los espacios del Derecho positivo estatal favorables a los derechos humanos, incluso porque el fenómeno social jurídico no se agota en el ordenamiento jurídico estatal. Pensar lo contrario es un engaño. Además, si en los tribunales y juzgados predomina la idea de que el discurso, para ser aceptado como jurídico, debe tener por base las normas jurídicas, ¿por qué no usar los textos legislados en favor de los derechos humanos? Eso no elimina otras posibles vías de reivindicación. Así como hay textos legislados que dificultan la implementación de esta idea, hay textos legislados que la hacen posible. Es, por lo tanto, necesario no confundir: *a)* única lectura correcta con que cualquier decisión es posible; *b)* que haya diversas lecturas posibles con lectura equivocada[6]. Hay límites aunque sea casi imposible identificarlos.

La tercera llamada de atención trata de la imparcialidad y neutralidad. Las normas jurídicas son generales, por eso pueden ser consideradas políticamente neutras. Si es así, como dicen los positivistas dogmáticos del Derecho, entonces las normas jurídicas tanto pueden servir de obstáculo como de mecanismo para el cambio social. Por lo tanto, ¿qué impide una lectura de los textos legales en favor de la ideología de los derechos humanos? Considerando todo el ordenamiento jurídico, quien se opone a una hermenéutica a favor de los ideales de los derechos humanos no es el texto legislado "en sí", sino sus lectores, los agentes jurídicos, los juristas, la comunidad jurídica.

Para no dejar una impresión utópica —típica de las filosofías éticas vacías, porque, para valer o tener sentido, tendrían que no existir seres humanos— nuestra propuesta no ignora la influencia del juego económico y político, el *lobby,* en las decisiones jurídicas, todo lo contrario, la idea es justamente que al evidenciar que el Derecho es producto de la comunidad jurídica se enfatiza que las normas jurídicas no son el problema, pero sí las personas que utilizan las normas, las aplican, poniéndolas en fun-

---

[5] OLIVEIRA, L., 1997: «Os Excluídos 'Existem'? Notas sobre a Elaboração de um novo Conceito», *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* n. 33, ano 12, fev., Minas Gerais: ANPOCS, pp. 49-61.

[6] Sobre la idea de única decisión correcta, ver: ALEXY, R., 2001: *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica,* São Paulo: Landy; DWORKIN, R., *Los derechos en sério.* Sobre más de una decisión posible, la discrecionalidad, ver HART, H., 1984/1961: *The concept of law,* Oxford: Oxford University, y KELSEN, H., 1987: *Teoria pura do direito,* São Paulo: Martins Fontes. Sobre la existencia de lectura errada y sobre límites a la interpretación ver: DERRIDA, J., 2002: *A escritura e a diferença,* São Paulo: Perspectiva; ECO, H., 2004: *Interpretação e superinterpretação,* São Paulo: Martins Fontes; FAIRCLOUGH, N., 2001: *Discurso e mudança social,* Brasília: UnB; POSSENTI, S., 1999: «A lectura errada existe», en BARZOTTO, V. H., 1999: *Estado da leitura,* Campinas: Mercado de Letras, pp. 169-178; VAN DIJK, T. A., 2000: *El discurso como estructura y proceso,* Barcelona: Gedisa; GARCÍA AMADO, J. A., 2003: *Ensayos de filosofía jurídica,* Bogotá-Colombia: Temis; GARCÍA AMADO, J. A., 2000: «La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias», *Sobre el razonamiento jurídico,* Revista de ciencias sociales, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Valparaíso-Chile: Universidad de Valparaíso, pp. 103-129.

cionamiento. LUHMANN nos ayuda a entender estas relaciones con su idea de semántica social[7].

Esas llamas de atención nos permiten ubicar como límites a la arbitrariedad los etnométodos y la semántica social de la comunidad jurídica.

2. CRITERIOS DE DECISIÓN *VERSUS* DECISIÓN JUSTA

Entre los principales argumentos de la corriente del positivismo dogmático está el de que la promesa del Derecho será igual para todos. Asume entonces el Derecho estatal la calidad de medio suficiente para la seguridad de la vida en sociedad. Con esto, el comportamiento social pasa por un proceso de calificación para ser considerado como jurídico; o sea, no todo lo que ocurre en el ambiente social es jurídico. El jurista parte de las normas jurídicas estatales para leer, comprender y cualificar los hechos y fenómenos sociales como jurídicos o no. Nos referimos a la noción de lo jurídicamente relevante o no relevante, conforme, claro está, a lo previamente definido por el Estado. El Derecho, de esta manera, es transformado en un aparato informativo de los criterios admitidos para el comportamiento en la convivencia social, dejando para las personas la tarea de guiar sus comportamientos según los preceptos jurídicos estatales. Es lo que Herbert HART llama el «paraíso de conceptos» de los juristas[8].

Este proceso se inicia con la formulación de un mundo jurídico alejado del social. No importa el contexto social, sino la norma, los criterios preestablecidos. Con eso, se habla de expectativas de comportamiento, siendo las normas jurídicas estatales las responsables de garantizar estas expectativas, pues permite a toda y cualquier persona conocer sus derechos. Con eso, las personas pasan a ser sujetos de derecho y, por eso, detentan el poder de exigir que se les respete. En caso contrario, se puede recurrir al poder competente (el judicial) exigiendo el mantenimiento o restauración de sus derechos (como se prevé en el art. 5.º, LIII, de la Constitución Federal Brasileña).

Para la concretización de la seguridad que se promete por medio del Derecho estatal, los presupuestos fundamentales requeridos son: la obligatoriedad de tomar una decisión sobre todos los casos concretos y la necesidad de que la decisión tomada esté basada en alguna norma jurídica estatal[9]. De esta forma, se considera que para cualquier conflicto social existe una norma jurídica estatal capaz de calificarlo jurídicamente.

Este aparato teórico forma la corriente de pensamiento jurídico llamada de legalismo jurídico o de formalismo dogmático. Esta forma de dogmatismo es difundida por diversos autores, ganando fuerza desde el Código Civil francés (1804), hasta los días actuales. Para esta corriente los conflictos sociales deben ser juzgados como lícitos o ilícitos a partir de los criterios establecidos por las normas jurídicas estatales, dando lugar a la formulación de principios como: «nadie será obligado a hacer o dejar de hacer cualquier cosa sino en virtud de la ley» (Constitución Federal Brasileña,

---

[7] LUHMANN, 1985: *Come è possible l'ordine sociale,* Roma/Bari: Laterza; LUHMANN, 1983: *Struttura della socetà e semantica,* Roma/Bari: Laterza; LUHMANN, 2005.

[8] HART, 1984/1961: p. 143.

[9] BOBBIO, N., 1993: *Teoria generale del diritto,* Torino: G. Giappichelli, p. 240; VIEHWEG, T., 1997: *Tópica y filosofía del derecho,* Barcelona: Gedisa, p. 56.

art. 5.º, II), «no hay crimen sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa determinación legal» (Constitución Federal Brasileña, art. 5.º, XXXIX), «nadie se dispensa de cumplir la ley, alegando que no la conocía» (Ley de Introducción al Código Civil Brasileño, art. 3.º).

Esos principios pueden llegar a confortar el espíritu humano, pero no tienen sentido si se considera la vida en sociedad. Evidencian innumerables inconsistencias de la perspectiva dogmática legalista. La búsqueda del mundo perfecto no puede implicar que se olvide del mundo concreto —la forma cómo en la convivencia social las cosas son vividas, convividas y establecidas.

El legalismo es un ejemplo del solipsismo teorético. Los autores de la Escuela de la Exégesis creían que la decisión jurídica podía ser producto de la aplicación de los principios de la lógica formal aristotélica. El juez era considerado «boca de la ley», ya que «sólo hay una única decisión correcta» y que la racionalidad jurídica es silogística, y por eso la «decisión judicial es fruto de la verdad». Con eso, los exégetas creían haber apartado el aspecto social del sistema jurídico y, por tanto, la contaminación de lo social en la aplicación de las normas jurídicas estatales. Todo eso para apartar la subjetividad, la influencia de los intereses políticos. Pero lo curioso es que por detrás de todo el movimiento del Código Civil francés estaba nada menos que Napoleón Bonaparte.

La idea de que se puede llegar a la verdad a través de la lógica de la subsunción, aplicando los principios lógicos-formales al Derecho para clasificar un hecho social, es rechazada incluso por KELSEN, al decir que la decisión judicial es un acto de voluntad del órgano de aplicación del Derecho y no un acto de conocimiento. Cuando el juez se encuentra ante más de una opción, entre las ofrecidas por el ordenamiento jurídico estatal, su elección sobre cuál de ellas aplicar al caso concreto no dependerá del método, pues no hay método de interpretación capaz de garantizar la única elección correcta como querían los autores de la teoría tradicional de la interpretación. KELSEN presenta dos argumentos para esta afirmación: el primero es que «el legislador es relativamente mucho más libre en el acto de creación del Derecho que el juez; pero éste también es creador de derecho y también es relativamente libre con respecto de esta función» [10]; el segundo argumento es que «la pregunta de cuál sea la posibilidad "correcta", en el marco del Derecho aplicable, no es —según los supuestos previos— ninguna pregunta dirigida al conocimiento del Derecho positivo, no es una pregunta teórica-jurídica, sino que es un problema político» [11].

Así, queda evidenciado que las normas jurídicas del Estado no bastan para la toma de decisiones judiciales. Pero ¿en qué otros factores apoyan los juristas sus decisiones?

En el campo de la lingüística se atribuye a la textura abierta del Derecho el espacio abierto a la creación judicial del Derecho. Debido a la vaguedad y a la ambigüedad de los términos, a través de su interpretación la concepción del jurista interfiere en el contenido del texto legislado. Desde esta visión, se recurre a un aporte teórico diverso del legalismo dogmático jurídico en el estudio de la decisión judicial, como lo hizo Herbert HART [12].

---

[10] KELSEN, 1987: p. 351.
[11] KELSEN, 1987: p. 353.
[12] HART, 1984/1961: pp. 121-132.

En el campo de la sociología del Derecho varios movimientos tratan de negar la reducción del Derecho a las normas. Entre estos movimientos están la escuela del Derecho libre con J. H. KIRCHMANN y H. KANTOROWICK, el Derecho vivo con E. EHRLICH, la escuela de la libre investigación científica con François GÉNY, el solidarismo de L. DUGUIT; el realismo estadounidense de O. HOLMES y R. POUND; el realismo escandinavo con Alf ROSS, además de las contribuciones de sociólogos como Max WEBER. Así como los autores de la teoría de la argumentación jurídica como Ronald DWORKIN, Robert ALEXY, Aulis AARNIO y tantos otros.

Apuntar problemas en el Derecho moderno de la positivación del Derecho no es suficiente para alcanzar el debate propuesto, la cuestión versa más bien sobre si la decisión judicial es justa o no. Si el instrumental positivista no atiende a los criterios de justicia, ¿sería entonces justo dejar al libre arbitrio de los magistrados la elección de estos criterios? Esta cuestión trae polémicas como éstas: ¿cómo hacer para unir la seguridad a la justicia? ¿Cómo garantizar decisiones judiciales justas? ¿Hay base para atribuir a una decisión judicial la cualidad de justa? ¿Cómo evaluar una ley como injusta? Si el arbitrio no es aceptable por dar lugar a la dictadura del poder judicial, tampoco reducir el derecho al Estado garantiza justicia a la decisión. Ante este dilema, ¿cómo tratar el tema?

Nuestra pretensión es reflexionar sobre la necesaria inclusión de las normas sociales de la comunidad jurídica como influyentes en las tomas de decisión jurídica, o sea, a los etnométodos jurídicos. Partiendo de la idea que la vida en sociedad produce la construcción de sentidos para esta comunidad, la producción de patrones de conducta añadidos al sentido son los etnométodos. El *lobby* es un ejemplo de eso. Llamamos la atención sobre el hecho de que el *lobby* no es necesariamente algo malo, corrupto. Es una estrategia de supervivencia y, como tal, puede servir para todos los gustos, igual que ocurre con los textos legislativos.

Nuestra reflexión propone que para comprender y explicar la decisión jurídica no se puede dejar de considerar los etnométodos de la comunidad jurídica; con otras palabras, nuestra propuesta es incluir en la hermenéutica jurídica los etnométodos y la semántica social. Aunque pueda ser considerada una perspectiva positivista —pues tiene al Derecho estatal como indispensable para dar respaldo y aceptabilidad a la argumentación, fundamento y justificación de las decisiones jurídicas— no se trata de legalismo ni de formalismo jurídico. Nuestra visión del Derecho es positivista o incluso dogmática, pero dogmática crítica. Esta observación metodológica tiene sentido para aclarar que, como dogmática crítica o sociológica de la decisión jurídica, nos interesa estudiar la "vida" que los agentes jurídicos están estableciendo para las normas jurídicas estatales [13].

En fin, lo que queremos es evidenciar que no basta legislar, no basta la existencia del texto normativo, pues su eficacia y aplicación dependen de la "vida" que la comunidad jurídica establece para los textos normativos, o sea, dependen de la semántica social.

---

[13] STAMFORD DA SILVA, A., 2000: *Decisão jurídica: dogmatismo e empirismo,* Curitiba: Juruá.

3. EL CONTENIDO DE LAS NORMAS JURÍDICAS Y LOS ETNOMÉTODOS DE LA COMUNIDAD JURÍDICA

Ante la aporía de la autonomía del Derecho estatal como portador de los únicos criterios a la decisión judicial, se coloca en la hermenéutica el centro de la disputa por el poder de definir el contenido (el sentido) de las normas jurídicas estatales. La cuestión es con qué percepción (visión de mundo) los agentes jurídicos están trabajando la aplicabilidad de los textos legislativos.

El problema es que, como todo texto, el Derecho estatal comporta una lectura tan amplia que puede así funcionar como legitimador tanto de un régimen dar estilo dictatorial como de un socialista o de cualquier otro. En relación a los derechos humanos, una forma de explicar esto es considerar que los derechos humanos son un espacio abierto a las denuncias contra la violencia oficial, con el papel de evidenciar cuestiones y puntos oscuros para la búsqueda de una convivencia con más equilibrio social, económico y jurídico [14].

La cuestión es que, si para unos hay verdad y, por tanto, los lectores deben ser competentes para encontrarla y conocerla para otros, lo máximo que llegaremos a conocer y formular son opiniones. Este debate alude al tema de si hay una elite intelectual desarrollada y capacitada a conocer la verdad [15].

Con relación a los derechos humanos, la discusión afecta no sólo a la idea de derechos válidos universalmente sino también a la cuestión de los límites de la tolerancia. Temas estos que llevan a la aporía entre el universalismo y el relativismo cultural. Así como la propuesta de llegar a un término medio como la idea de «universalidad tensionada de particularidad», afirma que «hasta el particularismo radical acepta la idea de que para que cada uno pueda defender su particularismo es necesario añadir el universalismo ético, es el respeto de aquello que se precisa para garantizar la existencia de las particularidades culturales» [16].

Así, ETXEBERRÍA ofrece reflexiones sobre medios no de eliminar los conflictos, sino para proponer una convivencia social entre diferentes culturas. En tiempos en que la cultura oriental está muy cerca y en constante contacto con la cultura occidental, vivimos justamente esta tensión, a pesar de que la forma de colonización actualmente es muy diversa de la colonización de siglos atrás. Lo que produce un desafío más para el Derecho moderno.

Además, una dificultad a la hora de comprender esta idea reside en que en el sentido común predomina el pensar de forma maniquea, como si tuviésemos sólo dos

---

[14] ALEXY, R., 1997: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, pp. 40-41; PÉREZ LUÑO, A. E., 1999: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución,* Madrid: Tecnos, pp. 24-25.

[15] ARISTÓTELES, 1973b: «Dos argumentos sofísticos», *Os Pensadores,* São Paulo: Abril cultural; ARISTÓTELES, 1988: «Tópicos», *Tratados de lógica* (Órganon), vol I, Madrid: Gredos; GARCÍA AMADO, J. A., 1988: *Teorías de la tópica jurídica,* Madrid: Civitas, pp. 51 y ss.; VIEHWEG, T., 1986: *Tópica y jurisprudência,* Madrid: Taurus, pp. 37-38; MEYER, M., 1993: *Questões de retórica: linguagem, razão e sedução,* Lisboa: Edições 70; REBOUL, O., 1998: *Introdução à retórica,* São Paulo: Martins Fontes, p. 18; PLATÓN, 1967: *La republica,* Madrid: EDFA; BARILLI, R., 1979: *Retórica,* Lisboa: Presença, pp. 17-20.

[16] ETXEBERRÍA, X., 1999: «Los Derechos Humanos. Universalidad Tensionada de Particularidad». *Los derechos humanos, camino hacia la paz,* Zaragoza: Gobierno de Aragón, p. 90.

alternativas: opiniones o verdades, sí o no, cierto o errado; o, incluso, haciendo conexiones simplistas sobre causa y efecto. Pensar así significa apartar de la reflexión la vida cotidiana, pues en lo cotidiano no se vive así. Por eso, afirmamos que los intentos de los estudiosos de la retórica no son capaces de explotar datos empíricos sobre la decisión jurídica. Abandonamos este camino y recurrimos a la sociolingüística, a la semántica social y, aún, a la etnometodología. Para estas corrientes teóricas, en la convivencia social del día a día moldeamos de forma constante nuestra visión del mundo [17], en ella, la noción de lo cierto, lo bueno y lo justo pierde muchas veces sentido ante las circunstancias sociales, del contexto. Esos «modelos» no son inmutables, al contrario, tenemos gran capacidad de moldearlos según una infinidad de factores incluso la situación fáctica.

En otras palabras, las tomas de decisión en la vida cotidiana no son resultado de un raciocinio silogístico, como si tuviésemos una tabla de la "verdad" para medir las cosas. Más bien, el actuar resulta de la consideración de innumerables factores, por eso, no hay cómo estimar el comportamiento humano según moldes de racionalidad preestablecida, como parecen creer algunos, pero contra los cuales está la fenomenología, con autores como Edmund HUSSERL y el desdoblamiento de la etnometodología [18].

En este sentido, una vez identificados los etnométodos de la comunidad jurídica podremos tener informaciones empíricas sobre la práctica de tomas de decisiónes judiciales y, por lo tanto, de cómo los textos legislativos sirven para la búsqueda de inclusión social por medio de los derechos humanos.

Los etnométodos son resultado de la construcción de raciocinios y métodos resultantes de la convivencia social. Es justamente nuestra capacidad de cotidianamente establecer y no establecer (fijar) al mismo tiempo un sentido a lo que vivimos lo que hace posible la comunicación y, por lo tanto, la vida en sociedad. Es lo que deducimos a través de la lectura de autores que hacen referencia a la semántica social [19]. Para LUHMANN, por ejemplo, semántica social es la reserva de reglas de elaboraciones de sentido que permiten la selección de interpretaciones posibles, de modo que funcionen como control para los límites del uso del lenguaje, de manera que garantice la comunicación, así como para controlar el riesgo de la creación de nuevas palabras y expresiones [20].

En lo cotidiano no cuestionamos cada intención y palabra. Nos comunicamos sin buscar la correspondencia entre un objeto y su signo lingüístico, ni imponiendo un único significado a cada palabra oída. Los significados son construidos según el desarrollo del diálogo o según la convivencia social. Para la etnometodología la comuni-

---

[17] BERGER, P. L., y LUCKMANN, T., 1983: *La construcción social de la realidad,* Buenos Aires: Amorrotu, p. 57.

[18] COULON, A., 1995: *Etnometodologia,* Petrópolis: Vozes, p. 12; GARFINKEL, H., 1967: *Studies in ethnometodology,* Cambridge/Oxford: Polity Press, pp. 9-11; HILBERT, R. A., 1992: *The classical roots of ethnomethodology,* Durkheim, Weber and Garfinkel. Chapel Hill/London: The University of North California, pp. 56-58.

[19] LUHMANN, 1983; DERRIDA, J., 2002: *A escritura e a diferença,* São Paulo: Perspectiva; KRISTEVA, J., 2005: *Introdução à semanálise,* São Paulo: Perspectiva; TUGENDHAT, E., y WOLF, U., 2005: *Propedêutica lógico-semântica,* Petrópolis: Vozes; VAN DIJK, A., 2000.

[20] LUHMANN, 1983: pp. 17-20.

cación es posible debido a la construcción de sentido producida en el convivir socialmente; o sea, las normas de lo cotidiano son las que permiten la comprensión y la continuidad de la convivencia social[21].

4. DISCURSO NORMATIVO Y EMOTIVO PARA LA EFICACIA DE DERECHOS

Volviendo al ámbito jurídico, consideramos que estamos viviendo un periodo en que las propuestas (ideologías) del positivismo jurídico formalista dogmático no se muestran capaces de relacionar el Derecho con la vida social, o sea, los textos legislativos estatales no sirven como criterios de legitimación. Muchos institutos jurídicos cayeron en descrédito social. Curioso es que no por eso el Derecho puesto por el Estado dejó de ser capaz de servir para la inclusión social y para enfrentarse a la violencia no-oficial (como en Max WEBER). Lo que proponemos es que a través de una lectura crítica de las normas jurídicas puestas por el Estado se consigue un camino para poner en marcha institutos jurídicos a favor a la inclusión social, de los derechos humanos.

En el Derecho brasileño, por ejemplo, para que se produzca la condena de los autores de crímenes contra el orden público, como la corrupción y el desvío de dinero público, no es necesaria la creación de un nuevo Derecho, basta aplicar las normas vigentes. Ahora sí llegamos al gran problema, ¿quién decidirá contra actos de la elite, de los dueños del poder? Para eso, más allá de la necesidad de tener coraje meramente para proponer una lectura diversa de la actualmente realizada (la lectura dominante), es necesario el apoyo, por lo menos de parte de la comunidad jurídica.

Eso sí es una dificultad, pues para que ocurra el cambio de lectura es necesario el cambio en los etnométodos, o sea, cambio de la semántica social. Eso exige mucho más que cambios en los textos legislativos. La cuestión, entonces, está en cómo la comunidad jurídica está actuando y para investigarla nuestra propuesta es diagnosticar los etnométodos y la semántica social hoy viva en la comunidad jurídica, para lo cual utilizamos como método cualitativo de encuesta la intertextualidad y la interdiscursividad[22].

Llama la atención percibir que no hay teorías ni prácticas sociales capaces de ofrecer medios o formas de sustitución de organizaciones sociales como el Estado y sus poderes. Aún se deposita la confianza en el Estado y en sus poderes como medio para promover el orden social. Para combatir las crisis (crisis del Derecho, crisis del poder judicial, crisis de legitimidad), hay muchas doctrinas proponiendo reformas en la legislación y en los medios para optimizar el funcionamiento del Estado, como si fuera suficiente modificar los parámetros formales para transformar la visión de mundo de un pueblo. El problema no es tan simple como desearíamos.

No ignoramos que hay países en los cuales no se puede hablar de lectura diferenciada de las normas jurídicas estatales, pues no tienen un mínimo de legislación que les permitan eso. O sea, en estos países ha de ser iniciada la transformación de

---

[21] GARFINKEL, 1967: p. 11.
[22] FAIRCLOUGH, 2001: pp. 112-114; 133-138.

los derechos humanos en derechos fundamentales, para usar la distinción de PÉREZ LUÑO[23]. Pero en muchos otros países, como en Brasil, no hace falta producir nuevos derechos, ni siquiera derechos fundamentales, pues formalmente la Constitución y los códigos los tienen positivados. El problema está más en el no cumplimento de los derechos, así como en la lectura realizada por los tribunales. Eso nos podría llevar al tema de los criterios del nombramiento de los jueces de los tribunales superiores en Brasil, pero en este texto nos basta afirmar que las decisiones de estos tribunales reflejan esa influencia política.

Insistimos, pues, en que la cuestión está en el ámbito de la eficacia, en cómo los agentes jurídicos están leyendo y haciendo uso de los textos de la legislación. Con eso, la relación entre Derecho y política no se establece con la existencia de normas estatales, pues sus textos no son los únicos criterios para la toma de decisión judicial. Tampoco cabe decir que todo es posible con la diferenciación entre reglas y principios. En esos dos casos también hay límites. Repetimos una vez más: debemos evitar la falsa paradoja, decir que no hay una única lectura correcta no significa negar que hay lectura equivocada.

Ya decimos que KELSEN reconocía la decisión judicial como un acto de voluntad y no como un acto de conocimiento, aun que concibiendo el Derecho como Estado y pretendiendo separarlo de la política. KELSEN, aun con su perspectiva normativista, identificó claramente la presencia de la indeterminación no intencional en el sistema jurídico, como discrecionalidad y presencia de una política del Derecho en la toma de decisiones judiciales[24].

El debate, por lo tanto, no es nuevo, pero ya que la hermenéutica y el debate entre principio y norma está de moda, trayendo la construcción de principios jurídicos orientadores de todas las ramas del Derecho a partir del texto constitucional[25], cabe preguntar por qué no investigar los etnométodos y la semántica social de la comunidad jurídica como temáticas de la hermenéutica y de la sociología del Derecho.

Por fin, una sugerencia es la de no limitar el espacio de los derechos humanos a discursos muchas veces "éticos", vacíos de contenido e incapaces de aplicación entre los seres humanos. O sea, recurrir a "frases de efecto" no es eficiente para avanzar en los propósitos de disminuir las diferencias sociales. Ese recurso tiende más bien a dar como resultado un efecto contrario porque produce el alejamiento de posibles adeptos a las causas de los derechos humanos. Produce un diálogo de sordos.

Insistimos en afirmar, para concluir, que no hay ninguna necesidad de creación de nuevos institutos jurídicos para combatir la violencia hoy vivida en todas las partes del mundo. Lo que se precisa es coraje para enfrentar en serio las enfermedades sociales históricamente establecidas. Coraje para leer el Derecho de una forma diferente

---

[23] PÉREZ LUÑO, 1999: p. 31.

[24] KELSEN, 1987: pp. 260-273; 387-397.

[25] OLLERO TASARA, A., 1989: *Derechos humanos y metodología jurídica,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, p. 231. Aun sobre la metodología en el Derecho: BIX, B., 2003: «Algunas reflexiones sobre metodología en teoría del derecho», *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho,* n.º 26, pp. 609-633. Para una lectura de la relación derecho y política: WINTGENS, 2003: «Legisprudencia como una nueva teoría de la legislación», *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho,* n.º 26, pp. 261-287.

de la actual. Aquí la paradoja es que, siendo los etnométodos productos del cotidiano, ¿cómo cambiar los etnométodos de una comunidad? Es lo mismo que preguntar cómo ocurren los cambios sociales. No hay respuesta directa, pero los actores de los cambios sociales son los movimientos sociales.

En relación a la comunidad jurídica ocurre lo mismo, sólo por medio de un movimiento entre los juristas es posible que ocurra un cambio en la semántica social y en los etnométodos. Como sucedió con el movimiento de los jueces italianos cuando la operación manos limpias y hoy, en Brasil con el movimiento contra el nepotismo, el cual afectó a acciones conjuntas de profesionales judiciales del Conselho Nacional de Justiça, Ordem Advogados do Brasil (colegiado de abogados), promotores (fiscales), procuradores da república (abogados publicos) y a Associação dos Juízes para a Democracia (jueces).

Si se entiende por texto la práctica discursiva, la relación entre el discurso y la estructura social se construye «por un lado, en la determinación social del discurso y, por otro, en la construcción del social en el discurso»[26].

Son los agentes jurídicos quienes definen cómo determinada norma jurídica estatal será aplicada. Por tanto, hay un discurso dominante en la comunidad jurídica. No basta pensar en criticar y denigrar la imagen de los derechos puestos por el Estado, el camino debe ser diverso. Principalmente cuando se entiende que «las personas hacen elecciones sobre el modelo y la estructura de sus oraciones que resultan a su vez en elecciones sobre el significado (y la construcción) de identidades sociales, relaciones sociales y conocimiento y creencias»[27].

Si en la comunidad jurídica predomina la visión legalista y de que las decisiones resultan sólo de la aplicación de normas estatales, para convivir con esta retórica los defensores de los derechos humanos deben procurar ocupar los espacios en el Derecho estatal para construir una hermenéutica jurídica dirigida a la concreción de los ideales de los derechos humanos. Pero eso exige el trabajo conjunto de abogados, jueces, promotores y procuradores. Eso suena cómodo pero creemos que no se hace revolución con el empleo de la violencia, mucho menos en el mundo jurídico, principalmente porque estamos hablando de cambio racional en la racionalidad judicial.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, R., 1997: *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

— 2001: *Teoria da argumentação jurídica. A teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica,* São Paulo: Landy.

ARISTÓTELES, 1973a: «Tópicos», *Os pensadores,* São Paulo: Abril cultural.

[26] OLLERO TASARA, A., 1989: p. 92. Sobre un concepto de texto como lenguaje, luego como expresión de la cultura de un pueblo, ver RAJAGOPALAN DERRIDA, K., 2005: *Key Thinkers in Linguistics and the Philosophy of Language* (orgs. CHAPMAN, S., y ROUTLEDGE, C.), Reino Unido: Edinburgh University Press, pp. 66-71.

[27] OLLERO TASARA, 1989: p. 104.

— 1973b: «Dos argumentos sofísticos», *Os pensadores,* São Paulo: Abril cultural.

— 1988: «Tópicos», *Tratados de lógica (Órganon),* vol I, Madrid: Gredos.

BARILLI, R., 1979: *Retórica.* Lisboa: Presença.

BARRY, B., 1997: *La justicia como imparcialidad,* Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós.

BERGER, P. L., y LUCKMANN, T., 1983: *La construcción social de la realidad,* Buenos Aires: Amorrotu.

BOBBIO, N., 1933: *Teoria generale del diritto,* Torino: G. Giappichelli.

CALVO GARCÍA, M., 1995: *Interpretación y argumentación jurídica,* Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.

CORREAS, O., 1995: *Crítica da ideologia jurídica, Ensaio sócio-semiológico,* Porto Alegre: SAFE.

COULON, A., 1995: *Etnometodologia,* Petrópolis: Vozes.

DERRIDA, J., 2002: *A escritura e a diferença,* São Paulo: Perspectiva.

VAN DIJK, T. A., 2000: *El discurso como estructura y proceso,* Barcelona: Gedisa.

ECO, H., 2004: *Interpretação e superinterpretação,* São Paulo: Martins Fontes.

ETXEBERRÍA, X., 1999: «Los Derechos Humanos. Universalidad Tensionada de Particularidad», *Los derechos humanos, camino hacia la paz,* Zaragoza: Gobierno de Aragón, pp. 89-105.

FAIRCLOUGH, N., 2001: *Discurso e mudança social,* Brasília: UnB.

GARCÍA AMADO, J. A., 1988: *Teorías de la tópica jurídica,* Madrid: Civitas.

— 2003: *Ensayos de filosofía jurídica,* Bogotá-Colombia: Temis.

— 2000: «La teoría de la argumentación jurídica: logros y carencias», *Sobre el razonamiento jurídico. Revista de ciencias sociales,* Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Valparaíso-Chile: Universidad de Valparaíso, pp. 103-129.

GARFINKEL, H., 1967: *Studies in ethnometodology,* Cambridge/Oxford: Polity Press.

HART, H., 1984/1961: *The concept of law,* Oxford: Oxford University.

HILBERT, R. A., 1992: *The classical roots of ethnomethodology. Durkheim, Weber and Garfinkel,* Chapel Hill/London: The University of North California.

KELSEN, H., 1987: *Teoria pura do direito,* São Paulo: Martins Fontes.

KRISTEVA, J., 2005: *Introdução à semanálise,* São Paulo: Perspectiva.

LUHMANN, N., 1983: *Struttura della socetà e semantica,* Roma/Bari: Laterza.

— 1985: *Come è possible l'ordine sociale,* Roma/Bari: Laterza.

— 1990a: *Sistemi sociali. Fondamenti di una teoria generale,* Bologna: Il Mulino.

— 1990b: *La differenziazione del diritto. Contributi alla sociologia e alla teoria del diritto,* Bologna: Il Mulino.

— 1997: *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimento comunicativo,* Barcelona/México/Santiago de Chile: Anthropos/Universidad Iberoamericana/Instituto de Sociología. Pontificia Universidad Católica de Chile.

— 2005: *El derecho de la sociedad,* México: Unversidad Iberoamericana.

MEYER, M., 1993: *Questões de retórica. Linguagem, razão e sedução,* Lisboa: Edições 70.

OLIVEIRA, L., 1997: «Os Excluídos 'Existem'? Notas sobre a Elaboração de um novo Conceito», *Revista Brasileira de Ciências Sociais,* n. 33, ano 12, fev., Minas Gerais: ANPOCS, pp. 49-61.

OLLERO TASARA, A., 1989: *Derechos humanos y metodoloogía jurídica,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

PERELMAN, C., 1997: *Retóricas,* São Paulo: Martins Fontes.

PÉREZ LUÑO, A. E., 1999: *Derechos humanos, estado de derecho y constitución,* Madrid: Tecnos.

POSSENTI, S., 1999: «A lectura errada existe», en BARZOTTO, V. H., 1999: *Estado da leitura,* Campinas: Mercado de Letras, pp. 169-178.

PLATÓN, 1967: *La republica,* Madrid: EDFA.

RAJAGOPALAN, K., y DERRIDA, 2005: *Key Thinkers in Linguistics and the Philosophy of Language* (orgs. CHAPMAN, S., y ROUTLEDGE, C.). Reino Unido: Edinburgh University Press, pp. 66-71.

REBOUL, O., 1998: *Introdução à retórica,* São Paulo: Martins Fontes.

ROCHA, O. A., 1989: «O Advogado Popular e o Judiciário», *Direito Insurgente II,* Anais da II Reunião LAJUP, S.L.: LAJUP, pp. 43-61.

STAMFORD DA SILVA, A., 2000: *Decisão jurídica: dogmatismo e empirismo,* Curitiba: Juruá.

TUGENDHAT, E., y WOLF, U., 2005: *Propedêutica lógico-semântica,* Petrópolis: Vozes.

VIEHWEG, T., 1986: *Tópica y jurisprudencia,* Madrid: Taurus.

— 1997: *Tópica y filosofía del derecho,* Barcelona: Gedisa.

WEBER, M., 1996: *Economía y sociedad,* México: Fondo de Cultura.

FUNCIONALISMO PENAL MODERADO O TELEOLÓGICO-VALORATIVO *VERSUS* FUNCIONALISMO NORMATIVO O RADICAL

Manuel José Arias Eibe

Doctor en Derecho. Universidad de A Coruña

RESUMEN. Dentro del pensamiento del funcionalismo penal alemán —al margen de otras orientaciones menos relevantes— destacan el funcionalismo moderado de C. ROXIN y el funcionalismo radical de G. JAKOBS. Tanto el sistema de ROXIN, como el sistema de JAKOBS, se orientan a la realización de determinados valores que se constituyen en rectores del sistema mismo, pero esos valores son diferentes en uno y otro dogmático. Mientras que para ROXIN los valores provienen de la política criminal propia de un Estado social y democrático de Derecho —superando de ese modo el relativismo valorativo en que habían caído los neokantianos—, en JAKOBS los valores se pretenden transponer desde la teoría sociológica de LUHMANN.

Palabras clave: Funcionalismo, Roxin, política criminal, Jakobs, Luhmann, prevención general.

ABSTRACT. Regarding the theories of the German criminal functionalism —and excluding less relevant considerations—, we can distinguish between the moderate functionalism of C. ROXIN and the radical functionalism of G. JAKOBS. The objective of both systems is the attainment of certain values which govern the system itself, but such values are considered in a different way by both theorists. According to ROXIN those values arise from the criminal policy characteristic of a social and democratic state ruled by law, or constitutional state —so transcending the valorative relativism previously sustained by neokantians—, whereas for JAKOBS, those values are transposed departing from the sociological theory of LUHMANN.

Keywords: Roxin, Jakobs, Luhmann, functionalism, criminal policy, general prevention.

1. CLAUS ROXIN Y EL SURGIMIENTO DEL FUNCIONALISMO TELEOLÓGICO-VALORATIVO

ROXIN publica en 1970 su monografía *Política Criminal y sistema del Derecho Penal* y con ella comienza una orientación dogmática que pretende, por una parte, la superación de las arduas polémicas entre causalistas y finalistas que tantos ríos de tinta habían generado, y al mismo tiempo superar los inconvenientes prácticos a los que había conducido la dogmática tradicional, singularmente el defecto consistente en el alejamiento entre las teorías elaboradas —y soluciones adoptadas en base a las mismas— como consecuencia de formulaciones abstractas a las que conducía el método empleado, y la realidad práctica —realidad social— a la que el Derecho penal y dichas teorías iban dirigidas[1]. Es decir, hasta el momento dogmática y realidad se encontraban ubicadas en planos distintos e incomunicados, y en no pocas ocasiones las soluciones dogmáticas —adoptadas al margen de la realidad social— producían resultados insatisfactorios desde una perspectiva práctica. ROXIN intenta superar dicha incomunicación orientando el sistema del Derecho penal, conceptuado ahora como un sistema abierto, a las valoraciones de la Política Criminal en un intento de dar soluciones coherentes a los problemas de la realidad práctica pero sin caer en un puro pensamiento tópico[2]. ROXIN quiere, pues, la unidad sistemática entre

---

[1] ROXIN pretenderá, con su sistema, ser eficaz. Para ello considera que lo ideal será estructurar las categorías básicas del Derecho penal desde perspectivas político-criminales dando entrada así, en la configuración referida, a perspectivas sociopolíticas y a datos empíricos y criminológicos. *Vid.* ROXIN, C., 1998: «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», em *Festscrhrift für Günther Kaiser,* Berlin: Duncker & Humblot, pp. 885 y ss.

[2] Se trata del llamado *Derecho penal orientado político criminalmente o a sus consecuencias. Vid.* DE LA CUESTA AGUADO, P. M., 1998: p. 58. ROXIN intenta pues un enriquecimiento de la dogmática jurídico penal con las aportaciones que desde la política criminal se pueden hacer a la misma. ROXIN presenta una formulación sintética entre el pensamiento deductivo (valoraciones político-criminales) e inductivo (atención a los grupos de casos), y ello a un tiempo, caracterizándose por evitar caer en el normativismo extremo en que habían incurrido los neokantianos —en la medida en que permanece atento a la naturaleza de las cosas—, y al mismo tiempo, sin llegar a caer tampoco en la idolatría profesada a las estructuras lógico-objetivas, por parte de los ortodoxos del finalismo. En relación con la "tópica", es preciso significar que VIEHWEG, T., en su obra *Tópica y jurisprudencia, vid.* VIEHWEG, T., 1964: «Tópica y jurisprudencia» (trad. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN), en *Ensayistas de hoy,* n.º 39, Madrid: Taurus, pretendió la sustitución del pensamiento sistemático en la Ciencia del Derecho, proponiendo su sustitución por un pensar tópico o *pensamiento-problemático.* Su procedimiento consiste en «una técnica del pensamiento que se orienta hacia el problema» (*vid.* VIEHWEG, 1964: p. 49), considerando que la categoría del sistema deductivo es "inadecuada" para la ciencia del Derecho; es «un impedimento para la vista» (VIEHWEG, 1964: p. 121). Esta tesis de VIEHWEG ha tenido cierta acogida en la doctrina, por ejemplo en ESSER y WÜRTENBERGER (WÜRTENBERGER, T., 1967: *Persona y Ley Jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho,* Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, p. 20, alude este autor a la necesidad de que los juristas se centren más en la realidad antes que en la sistemática), siendo repudiada frontalmente por otros, como JESCHECK (*vid.* GIMBERNAT ORDEIG, E., 1999: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal,* Madrid: Tecnos, p. 104). En realidad, como señala SAINZ CANTERO (1980: *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Introducción,* Barcelona: Bosch, reimpresión, 1981, p. 72), el nacimiento del pensamiento problemático y su desarrollo doctrinal habría que situarlo en los excesos del sistematismo en la Ciencia del Derecho penal. A VIEHWEG y el pensamiento problemático se le reconoce el mérito de haber frenado y puesto de manifiesto los excesos a que puede conducir un sistematismo exagerado, pero, sin embargo, la mayoría de la doctrina rechaza sus planteamientos pues se considera que «el sistema sigue siendo de importancia vital para el método científico-jurídico» (*vid*. GIMBERNAT ORDEIG, 1999: p. 105). Por ello, GIMBERNAT propugna una solución de compromiso. Es decir, considera que la dogmática jurídico-penal «debe pensar sistemáticamente y también problemáticamente», opinando que las consideraciones de índole sistemática deben ser confirmadas en el problema. En semejantes términos se pronuncia también SAINZ

Derecho penal y Política criminal. La orientación del sistema del Derecho penal a los fines del Derecho penal en general y a los fines de cada uno de los niveles del propio sistema en particular, exigirá una amplia normativización de los conceptos, normativización que se verá facilitada tras aceptarse, desde estos planteamientos, que la pretendida vinculación ontológica entre conceptos y realidad era menor que la propugnada por los finalistas[3].

ROXIN pretende sistematizar, desarrollar y reconstruir las categorías dogmáticas de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad bajo el prisma de su función político criminal en una suerte de sistema abierto en orden a la resolución de los problemas que la realidad presenta[4]. Ahora bien, ello no quiere decir que renuncie al contenido de las categorías dogmáticas elaboradas hasta el momento, sino que su pretensión será complementar las mismas y perfeccionarlas. Así, por ejemplo, la categoría de la imputación objetiva elaborada por ROXIN no sustituirá a la causalidad, sino que la complementará para perfeccionar la imputación en el marco del tipo objetivo.

Todas las categorías dogmáticas en ROXIN deben ser entendidas desde los fines de la pena, que vienen dados por el propio sistema social. Desde esta perspectiva, la concepción del bien jurídico en ROXIN está íntimamente ligada al sistema social mismo[5]. Para él, un bien jurídico será aquello que resulte útil para el desarrollo del individuo o para el propio sistema social, de suerte que su concepción material de lo injusto será precisamente la lesión de esos bienes útiles para el individuo o para el sistema. ROXIN distingue entre tipo total o tipo sistemático[6], y tipos de garantía y de error, integrando

---

CANTERO, 1980: p. 72, para quien «la solución no radica en una sustitución del pensamiento sistemático por el problemático, sino en una síntesis dialéctica entre ambos. El pensamiento problemático, si quiere mantener el carácter científico de la actividad jurídica, tiene que desembocar en un sistema; y el pensamiento sistemático, si quiere encontrar la solución justa de un caso, tiene que estar orientado en el problema».

[3] Desde esta nueva perspectiva los conceptos se funcionalizan, es decir, se les exige que logren resultados justos y adecuados en el marco del desempeño de un adecuado papel en el sistema. En este sentido, la concepción roxiniana parte de que el dogmático debe, en primer lugar, averiguar qué valoración político criminal subyace en cada uno de los conceptos o categorías de la teoría del delito, y una vez determinada la misma funcionalizar dicho concepto o categoría, es decir, construir y desenvolver el mismo de manera que responda a la función que le es propia de un modo idóneo.

[4] Evidentemente, en este punto ROXIN superó el relativismo valorativo neokantiano por valoraciones político criminales, logrando asimismo apartarse del normativismo extremo del sistema neokantiano, y al mismo tiempo superó también completamente los meros esbozos formulados por VON LISZT, quien percatado de la necesidad de vincular Derecho penal y política criminal, no llegó, sin embargo, a realizar un diseño de una teoría completa del delito dando entrada a las valoraciones político criminales como fundamento y límite de la intervención penal, como por el contrario hace ROXIN. Para ROXIN la construcción del sistema del Derecho penal no debe vincularse a los tradicionales elementos ontológicos —acción, causalidad, estructuras lógico objetivas, entre otros—, sino que debe orientarse por los fines del Derecho penal. ROXIN, en su obra *Política Criminal y sistema del Derecho Penal,* establece que el tipo cumple la función de determinación de la ley penal conforme al principio *nullum crimen*; a la antijuridicidad le corresponde la función de solucionar los conflictos sociales, y a la culpabilidad corresponde la función de determinar la necesidad de pena, conforme a consideraciones de tipo preventivo. *Vid.* SHÜHEMANN, B., 1991: p. 64. Sin embargo, más recientemente, en relación con la función del tipo, ROXIN introduce consideraciones de prevención general que superan el mero formalismo del *nullum crimen. Vid.* ROXIN, C.. 1997: *Strafrecht Allgemeiner Teil,* vol. I, 3.ª ed., München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 7/56.

[5] Aunque debe advertirse, asimismo, que en el sistema de ROXIN tiene mucha importancia la delimitación del bien jurídico empleando para ello no sólo los fines de la pena, sino también parámetros constitucionales entendidos valorativamente, lo que permitirá a VIVES tachar el planteamiento roxiniano —a la vista de su concepción de la culpabilidad— como de incongruencia gramatical.

[6] Dentro del que incluye tanto el dolo como las causas de justificación.

en el tipo tanto la antijuridicidad formal como la material, de suerte que la conducta típica será, a un tiempo lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, y al mismo tiempo infracción del deber normativo[7].

2. EL DERECHO PENAL COMO NECESIDAD PREVENTIVA EN EL PENSAMIENTO DE ROXIN

ROXIN parte de considerar que el Derecho penal se justifica por su efectividad en la solución de los problemas de la realidad social. En este sentido, el Derecho penal tiene sentido a fin de evitar o reducir a límites razonables la criminalidad; por ello, su concepción del Derecho penal es eminentemente preventivo: prevenir y evitar el crimen, de lo que deriva que el fin de la pena no puede ser retribuir o castigar, sino prevenir nuevos delitos. En este sentido, para este autor el fin de la pena es tanto la prevención general (positiva o integradora), como la prevención especial. Ahora bien, ROXIN reconoce que las penas, por sí solas, son instrumentos insuficientes e inadecuados para luchar contra la criminalidad, en especial por lo que toca a las penas privativas de libertad, que se revelan como especialmente problemáticas, propugnando la introducción en el sistema de reacción penal de nuevas sanciones de carácter social constructivo, en el marco de una estrategia global de prevención en la que el Derecho penal no sería sino uno de sus asideros. Para llegar a este punto debemos partir del núcleo central del pensamiento de ROXIN, cual es la política criminal. ROXIN, partiendo del reconocimiento de que el delito es consustancial a la imperfecta naturaleza humana, y que por tanto no puede obviarse la necesidad de un Derecho penal en la medida en que el delito jamás dejará de existir, proclama no obstante la necesidad de encauzar el Derecho penal al servicio de la sociedad misma, y ello al objeto de lograr un ordenamiento punitivo más humano y justo. Para ello, el Estado debe prevenir el delito mediante medidas adecuadas de orden político criminal, ya que la solución de la criminalidad no se encuentra en la mera represión de las conductas delictivas, sino en la prevención de las mismas con adecuadas medidas de orden político, jurídico, económico y social, y todo ello en orden a la contención del crimen dentro de unos márgenes tolerables, admisibles y socialmente soportables.

De alguna manera puede decirse que la dogmática roxiniana centra su atención en el hombre y en la sociedad, considerando que la dogmática jurídico penal idónea ha de venir de contrastar los efectos del ordenamiento penal en la sociedad misma, en una suerte de retroalimentación permanente entre Derecho penal y realidad, superando de ese modo la concepción de una dogmática puramente lógico-formal.

3. LA PENA Y LA *CIENCIA INTERDISCIPLINARIA* DE LA PREVENCIÓN EN ROXIN

Para ROXIN la pena, *ultima ratio* en el marco de un Estado social y democrático de Derecho, presenta fines preventivos generales y especiales, y en su concepción

[7] VIVES ANTÓN, 1996: pp. 437 a 440.

humanitaria llega a propugnar la adopción de medidas político-criminales tendentes a la sustitución de la pena de prisión por otras que supongan una menor injerencia en las personas —y por otra parte no menos eficaces que la misma en orden a la prevención—, en el caso de delitos menos graves y leves, centrando su atención, al mismo tiempo, en la necesaria atención a la víctima del delito y en la reparación del daño. De esta suerte, en no pocos casos resultarán más eficaces preventivamente —y menos lesivas para el individuo— penas como los trabajos en favor de la comunidad o el arresto domiciliario vigilado a través de medios electrónicos o la suspensión o pérdida definitiva de la licencia para conducir y la multa, que penas privativas de libertad. En efecto, para llegar a esta conclusión, ROXIN reconoce que desde hace tiempo venimos asistiendo a dos tendencias contrapuestas de política criminal en relación con el tratamiento penal: orientar el sistema de penas hacia la reinserción, reeducación del infractor y prevención del delito, o bien centrarse preferentemente en la imposición de penas duras y disuasorias como medio de prevención. ROXIN reconoce que las penas privativas de libertad resultan necesarias para los delitos graves y para los sujetos reincidentes incorregibles, pero reconoce que las mismas, en general, y en la conformación actual, son inadecuadas para luchar contra la criminalidad, proclamando la necesidad de orientar la construcción de una estrategia global de la prevención, en el marco de una ciencia interdisciplinaria de la prevención.

El hecho de que las penas, en general, se adviertan como instrumento inadecuado para la lucha eficaz contra la criminalidad se deriva, en primer lugar, del hecho de que a pesar de la existencia de las mismas, la criminalidad y la reincidencia siguen existiendo. ROXIN señala que el delito existirá siempre, pues el mismo es producto de la imperfección de la naturaleza humana, y en la realidad social existen determinados ámbitos de la criminalidad en los que se advierte, además especialmente, la ineficacia de las penas para prevenir los delitos; así sucede con la criminalidad pasional, en casos de crisis existenciales o emotivas, en los supuestos de carencia de socialización familiar respecto a los niños potenciales delincuentes, en las balsas de miseria económica y en los ámbitos de la criminalidad organizada. A pesar de ello, ROXIN señala que el Derecho penal es necesario, pues resulta un instrumento imprescindible para imponer la paz jurídica y evitar la anarquía; no obstante, para el profesor de Munich la consideración de que con penas más duras se pueda lograr una reducción considerable de la criminalidad es considerada como errónea.

Ahora bien, una cosa es que el Derecho penal resulte necesario para dichos fines, y otra es que se esté obrando adecuadamente para prevenir y reducir adecuadamente la criminalidad. A juicio de ROXIN, las penas severas —especialmente las privativas de libertad, pero también las multas— no son instrumentos idóneos, por sí solos, para prevenir la criminalidad. Las penas privativas de libertad, lejos de lograr el objetivo al que programáticamente sirven, constituyen, en sí mismas, una aporía, ya que resulta difícil comprender cómo se podrá lograr la reinserción, reeducación y rehabilitación de un sujeto, estigmatizado y fuera de la sociedad, privado de su libertad natural. Esa ruptura del individuo con su familia, con su trabajo, tan sólo podría ser justificada en el caso de delitos especialmente graves, o en el caso de sujetos reincidentes, y en cualquier caso debe resultar admisible tan sólo con una orientación marcadamente reduccionista de la duración de la privación de libertad, combinando la misma con medidas de terapia social y no abandonando al infractor entre cuatro paredes. En el caso

de las privaciones de libertad de corta duración, está demostrado empíricamente, señala ROXIN, que la ejecución de la pena corta privativa de libertad, por el contacto del sujeto con el mundo carcelario, tiene efectos criminógenos y puede suponer, precisamente, lejos de la prevención teóricamente perseguida, el verdadero inicio de la carrera criminal. Por otra parte, las penas de multa tampoco son la panacea, ya que además de que pueden ser abonadas por terceras personas ajenas al infractor, con lo que el efecto sobre el mismo puede ser nulo, las mismas producen un efecto completamente diferente entre los pudientes y los humildes —en este sentido el sistema días/multa de nuestro Código penal de 1995 trata de salvar dicha objeción—, todo ello además de que no se descarta la posibilidad de que determinados sujetos, a fin de obtener el importe de la multa y evitar la privación de libertad, incurran en una nueva infracción delictiva contra el patrimonio.

ROXIN propugna, como decimos, la formulación de una estrategia global de prevención en el marco de una ciencia interdisciplinaria de la que formaría parte el Derecho penal. Ahora bien, para él, la prevención sólo podrá ser eficaz si la misma se sigue, no sólo a través de la formulación programática de un catálogo de penas, por muy graves que éstas sean, sino a través de unas adecuadas políticas sociales (que a través de un adecuado sistema impositivo derive en inversiones que tiendan a la socialización de los más desfavorecidos, reducción de la miseria, de la marginalidad, de la drogadicción, etc.) tendentes a la reducción de la criminalidad atacando precisamente su raíz; asimismo propugna la necesaria existencia de un eficaz control preventivo policial, reorientando las inversiones y proponiendo menos inversión en prisiones y mayor inversión en una policía eficaz, ya que el temor al descubrimiento policial —que depende obviamente de la eficacia de la propia institución— es un factor importante para retraer la decisión criminal.

Dentro de las nuevas sanciones, ROXIN ha reflexionado sobre algunas, tratando de complementar el sistema de reacción penal actual con nuevas sanciones de carácter social-constructivo. En este sentido, y tras analizar las ventajas de las penas de privación del permiso de conducir vehículos a motor —incluso para infracciones que nada tengan que ver con la circulación vial—, dada la evidente afectación que supone dicha sanción a la comodidad de los ciudadanos en el mundo actual, o las ventajas de la pena de arresto domiciliario asegurado electrónicamente —implantado en Norteamérica— que consisten en esencia en evitar la ruptura del sujeto con su ambiente familiar y laboral y permitir que el sacrificio lo sea tan sólo de su tiempo libre y de una forma mucho menos estigmatizadora que la privación de libertad en un centro carcelario, el profesor de Munich se ha centrado en analizar las ventajas que en orden a la prevención del delito pueden suponer sanciones como la privación de libertad, pero unido a medidas terapéuticas, en relación con delitos graves en sujetos reincidentes o con trastornos de personalidad; o la opción de sustituir la pena privativa de libertad o multa por trabajos en beneficio de la comunidad aceptados voluntariamente en el caso de delitos leves o menos graves; o las ventajas que respecto a la protección de la víctima puede tener la instauración de medidas reparadoras y de conciliación con la víctima, o la institución procesal del sobreseimiento con la obligación de reparación o realización de trabajos en beneficio de la comunidad en el caso de delitos leves.

La formulación de ROXIN presenta, a la vista de lo que llevamos dicho, una moderada normativización y funcionalización de los conceptos y categorías jurídico-pena-

les, a diferencia de la formulación del profesor de Bonn, G. JAKOBS, que, como veremos, se caracteriza por una completa absolutización o radicalización, tanto de la normativización como de la funcionalización de los mismos [8].

4. APROXIMACIÓN AL PENSAMIENTO DE JAKOBS

G. JAKOBS pretende superar el relativismo que achaca a la construcción de ROXIN y sus discípulos [9], funcionalizando todos los conceptos jurídico-penales al que cree fin último del Derecho penal, es decir, a la prevención general positiva [10].

Como para JAKOBS la sociedad se constituye mediante normas —normas que vendrán a conformar su base misma— el ordenamiento jurídico-penal tendrá la específica misión de velar por la subsistencia de tales normas y, por tanto, de velar por la misma subsistencia de la sociedad que se apoya en ellas, y del orden social conformado [11], de lo que deriva, en última instancia y de forma mediata, que la identidad y

---

[8] De hecho, la moderación que presenta el pensamiento de ROXIN ha servido para que desde diversos ámbitos se haya puesto en cuestión incluso el verdadero carácter funcionalista del profesor de Munich. En este sentido, VIVES ANTÓN, 1996: pp. 447 y ss., quien al tratar la insuficiencia epistemológica que —desde su perspectiva— presenta el funcionalismo teleológico de ROXIN, y tras señalar que en el sistema del profesor de Munich no sólo tienen importancia los fines de la pena, sino también los parámetros constitucionales entendidos valorativamente —en especial en la delimitación del bien jurídico— y la dignidad del hombre —en su concepción de la culpabildad—, cree entender que el sistema de ROXIN se encuentra viciado desde los necesarios parámetros de la unidad del Derecho, y ello en la medida en que la formulación roxiniana pretende comprender las normas constitucionales desde la dignidad del hombre —axiológicamente—, mientras que las penales han de ser comprendidas, desde su planteamiento, empíricamente, es decir, desde los fines de la pena. *Vid.* en el mismo sentido MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2001: p. 1082, nota (26). Por otra parte, la formulación de ROXIN, según VIVES, 1996: p. 449, incurre en una manifiesta incongruencia gramatical en la concepción de la tipicidad, ya que, al margen de la saturación que presenta, no existe una satisfactoria coordinación de las funciones atribuidas al mismo, no existiendo tampoco criterios que eviten la confusión entre las mismas. Sin embargo, es lo cierto, no todas las formulaciones del funcionalismo teleológico-valorativo parten de los mismos presupuestos que ROXIN, por lo que como advierte VIVES, las críticas formuladas sirven tan sólo para aquellas orientaciones que admitan los mismos puntos de partida. En este sentido, como señala MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2001: p. 1082, en nuestro Derecho, la tesis de SILVA SÁNCHEZ de la *relación dialéctica* permanente entre la lógica de la prevención y la lógica de las garantías, que en su opinión viene a constituir «la construcción más acabada en el marco de un enfoque teleológico-funcional» —reconociendo posteriormente que tal tesis no resulta lejana a los planteamientos en que se apoya el propio VIVES para la fundamentación del Derecho penal, aunque, lógicamente, salvando los diferentes enfoques metodológicos de uno y otro—, no se ve afectada por las críticas referidas a ROXIN, y ello por cuanto —independientemente de que SILVA comparta la saturación en cuanto a las funciones del tipo que se evidenciaron en ROXIN (*vid.* nota 29)— para SILVA, la justificación del Derecho penal no tiene su apoyo exclusivo en las teorías de la pena, sino que en el mismo se hace manifiesta la construcción de las categorías dogmáticas y del sistema mismo del Derecho penal, como fruto de una síntesis derivada de la tensión permanente que se advierte entre el interés en eliminar la violencia extrapenal y el interés en disminuir la propia violencia del sistema penal, tensión permanente entre una tesis —la primera— y una antítesis —la segunda—, que afecta al conjunto del sistema del Derecho penal.

[9] Podríamos señalar como discípulos más relevantes de Claus ROXIN, en Alemania, a SCHÜNEMANN, RUDOLPHI, AMELUG, WOLTER y ACHENBACH.

[10] En la pretensión formulada por JAKOBS de que el ordenamiento jurídico penal está orientado a garantizar la identidad normativa y la propia constitución de la sociedad se evidencia un marcado alineamiento de este autor con el pensamiento funcionalista, superador de las concepciones que se habían centrado en el individuo, en el marco del pensamiento racionalista moderno.

[11] Dice JAKOBS, G., 1997: *Derecho penal. Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación,* 2.ª ed., Madrid: Civitas, p. 12, que jurídico-penalmente sólo se garantizan aquellas normas a cuya observancia general no se puede renunciar para el mantenimiento de la configuración social básica.

carácter de los mismos individuos, como personas, también resultarán preservados por el Derecho penal, y ello en la medida en que si la sociedad resulta protegida por el Derecho penal, también lo serán éstos, que sin la misma, serían simples animales.

En este sentido podríamos incluso afirmar que la funcionalización realizada por JAKOBS no sólo se extiende a los conceptos jurídico-penales, sino que llega a funcionalizar al sistema jurídico-penal mismo, en el marco de una teoría funcionalista-sistémica de la sociedad construida en base a las formulaciones de Niklas LUHMANN[12]. Para LUHMANN el Derecho es un sistema social; se trata, según su formulación, de la estructura de un sistema social vinculada a la generalización congruente de expectativas normativas de comportamiento[13]. En este sentido, JAKOBS parte del mismo presupuesto que LUHMANN; para el profesor de Bonn, el Derecho es una parte de la sociedad, y la solución a los problemas sociales por medio del Derecho penal tiene lugar dentro de la sociedad[14] y a través de un sistema social parcial que es el sistema jurídico penal[15]. Para JAKOBS cuando se violan las normas jurídicas se produce una decepción que exige la reafirmación de las expectativas defraudadas, y congruentemente con ello, considera que el fin del Derecho penal es la estabilización del mismo sistema social mediante la estabilización de las normas en el referido sistema, de manera que la imputación

---

[12] En el prólogo del *Lehrbuch,* JAKOBS ya advierte que su libro es un Tratado en el que desarrolla la teoría sociológica de LUHMANN. *Vid.* VIVES ANTÓN, 1996: p. 442. En efecto, como veremos a continuación, la función del Derecho penal como mecanismo de aseguramiento y reforzamiento de las expectativas normativas, o como LUHMANN decía, como mecanismo de estabilización contrafáctica de expectativas, que se hace visible en JAKOBS, ha sido una de las ideas importadas de LUHMANN. *Vid.* JAKOBS, 1997: pp. 9 y ss.; LESCH, H. H., 1999: *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revisión,* Köln, etc., Carl Heymanns, pp. 186 y ss. El influjo del funcionalismo sociológico de LUHMANN —en especial del de su primera época— es evidente en el grueso de la construcción dogmática de la teoría del delito de JAKOBS y de sus discípulos, sin embargo, en los últimos tiempos, las referencias de JAKOBS al sociólogo de la Universidad de Bielefeld se han tornado escasas, lo que evidencia que tal vez se encuentre su construcción dogmática en una especie de fase de tránsito y de abandono de la perspectiva sociológica y su sustitución por una fundamentación filosófica nueva. En este sentido, en 1996: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional,* Madrid, Civitas, (trad. Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ), p. 16, pese a reconocer el efectivo influjo que su construcción ha recibido del funcionalismo de LUHMANN, llega a señalar que, no obstante ello, su concepción y la del sociólogo de Bielefeld presentan sustanciales diferencias; del mismo modo en su trabajo de 1998: *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem,* München: Bayerische Akademie der Wissenschaften, pp. 11-14, parecen evidenciarse influjos en JAKOBS provenientes de la Filosofía del Derecho de KANT. Por su parte, su discípulo LESCH, H. H., 1999: *La función de la pena,* Madrid: Dykinson, pp. 51-52, señala, independientemente de la efectiva influencia de LUHMANN sobre su concepción del Derecho penal, el efectivo influjo que en su concepción ha tenido HEGEL. En este mismo sentido, VIVES ANTÓN, 1996: pp. 446 y 447, señala que la concepción de JAKOBS, tanto en el marco de lo injusto como en el de la culpabilidad, se asemeja mucho al pensamiento retributivo de HEGEL.

[13] LUHMANN, N., 1987: p. 105.

[14] Señala JAKOBS que con el Derecho se resuelve siempre un problema del sistema social.

[15] LUHMANN parte de una concepción acrítica de la sociedad, centrándose en la sociedad existente y sin plantearse valorativamente un determinado sistema social deseable. Su análisis de lo funcional y de lo disfuncional se limitará a la pura estructura formal, pero no a los valores materiales del sistema, y esto último conllevará precisamente una de las diferencias esenciales entre el normativismo radical de JAKOBS y el funcionalismo valorativo de ROXIN: mientras JAKOBS —en base a la teoría social de LUHMANN— se centra en la estructura formal del sistema social, ROXIN penetra en el contenido de valores del sistema mismo. Para JAKOBS y su Escuela, la preocupación por el contenido material de las normas penales no es tanto una labor de la ciencia del Derecho penal como cometido específico del ámbito político-criminal. Así, como señala VEHLING, K.-H., 1991: *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch,* Frankfurt M., etc., Suhrkamp, p. 109, a quien corresponde determinar valorativamente lo necesario para la estabilización del orden social es al legislador, y no al dogmático penal.

derivará de la infracción de la norma en cuanto que infracción de las expectativas sociales[16]. La pena es así, para JAKOBS, la demostración de la vigencia de la norma a costa de un sujeto competente[17], y como señala el profesor de Bonn, la misma no repara o no tiende a evitar lesiones de bienes jurídicos[18], sino que según su concepción, la misma «confirma la identidad normativa de la sociedad. Por ello, el Derecho penal no puede reaccionar frente a un hecho en cuanto lesión de un bien jurídico, sino sólo frente a un hecho en cuanto quebrantamiento de la norma»[19].

Bajo la construcción de JAKOBS, de manera similar a la formulación de LUHMANN, todos y cada uno de los individuos que forman la sociedad tienen atribuidos unos determinados papeles[20] que generan a su vez determinadas expectativas en los demás. De esta suerte, cada uno de los sujetos que conforman la sociedad son garantes de que las expectativas existentes acerca de ellos no se vean frustradas. De alguna manera, para JAKOBS, lo importante no son los individuos[21] sino lo que simboliza su comportamiento en relación con la vigencia de la norma. De esta suerte, tanto el cumplidor

---

[16] En efecto, JAKOBS sostiene que la función del Derecho penal es el mantenimiento de la configuración social básica, *vid.* JAKOBS, 1997: p. 12, y que la decepción de las expectativas y el consiguiente conflicto surgido, así como la necesidad de reaccionar frente a la infracción que ello supone a las normas, «han de interpretarse como sucesos en el sistema de la relación social». *Ibidem.*

[17] JAKOBS, G., 1993: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª ed., Berlin/New York: DeGruyter, 1/3. Para entender correctamente esta definición de JAKOBS, y más en concreto la afirmación de que la pena demuestra la vigencia de la norma *a costa* del infractor, es preciso partir de que para JAKOBS el delito y la pena no interesan ontológicamente, sino tan sólo adquieren relevancia en relación con lo que las mismas expresan para el sistema social. Así, el delito expresaría que el sujeto infractor defrauda lo que se espera de él conforme al código comunicativo común del sistema social. Es un sujeto que actúa de forma contraria a las expectativas y, por tanto, perturba la calculabilidad y previsibildad del sistema mismo. Y la pena, por su parte, expresa que la expectativa defraudada sigue siendo perfectamente válida pese a la defraudación del sujeto infractor, y por tanto se puede seguir esperando, en casos análogos, que las actuaciones sean conforme a la expectativa defraudada. En base a este planteamiento, la pena no va dirigida al sujeto infractor, como repulsa o reproche por el comportamiento desarrollado, sino que va dirigida a la colectividad, a la sociedad, como símbolo de reafirmación de la expectativa defraudada, mediante su imposición simbólica al infractor. De ahí que JAKOBS diga que la pena demuestra la vigencia de la norma *a costa* del infractor. Respecto a la *competencia,* JAKOBS, G., 1997b: *Estudios de Derecho Penal,* Madrid: Civitas, p. 385, señala que la imposición de la pena se justifica en la medida en que el penado sea competente para manifestarse sobre la configuración correcta del mundo social racionalmente, de suerte que de resultar incompetente, como sucede con los enajenados, en lugar de pena, debería recibir tratamiento.

[18] En realidad, como han puesto de manifiesto PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., y CANCIO MELIÁ, M., 1999: *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 57, la orientación de la prevención general positiva que se hace patente en la doctrina de JAKOBS no resulta contraria frontalmente a la teoría de los bienes jurídicos, ya que ambas doctrinas se mueven en planos diferentes, y por tanto no resultarán por ello frontalmente antagónicas. Así, la doctrina de los bienes jurídicos se mueve en el ámbito de la determinación del criterio material de legitimación de la intervención penal —que no corresponde en esencia a la ciencia del Derecho penal sino al ámbito político—, en tanto que la teoría de la prevención general positiva viene a ser una teoría explicativa de la función de la pena.

[19] *Vid.* JAKOBS, G., 1996a: Prólogo. En efecto, para JAKOBS, siguiendo en esto claramente a LUHMANN, la misión de la pena consiste, simplemente, en reafirmar la vigencia de la norma. *Vid.* JAKOBS, 1997a: p. 13.

[20] Para JAKOBS ser persona —máscara— significa desempeñar un papel en la sociedad, y la libertad de los sujetos se genera precisamente a través del proceso de comunicación. Como veremos en breves instantes, la consideración de los papeles o roles desempeñados socialmente por los sujetos va a permitir a JAKOBS residenciar en ello su doctrina de la imputación objetiva. Así, jamás podrá decirse que un sujeto ha violado la norma, si su conducta ha sido realizada de forma coherente con los papeles que le competen, y ello aun cuando produzca resultados lesivos.

[21] Al igual que sucedía con LUHMANN, que los colocaba fuera del sistema mismo.

de la norma, como el infractor, tienen una comunicación con la sociedad mediante su diferente forma de actuar, que adquiere sentido diferente.

JAKOBS diferencia dos ámbitos de competencia de los sujetos: la competencia organizacional y la competencia institucional, y las frustraciones en que pueden incurrir los sujetos en esos diferentes ámbitos será lo que determine, a su vez, la diferencia entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional[22]. El planteamiento de JAKOBS, atribuyendo la posición de garante a todos los individuos en la sociedad en relación con las expectativas que derivan de los papeles que desempeñan socialmente —sin hacer distingos en relación a su comportamiento activo u omisivo—, producirá que la trascendental diferencia que desde una perspectiva ontologista se evidencia entre delitos de comisión y delitos de omisión, bajo esta perspectiva, se vea sensiblemente diezmada, y casi podríamos decir sustituida, por la diferenciación entre delitos por competencia organizacional y delitos por competencia institucional.

5. LA RENORMATIVIZACIÓN DE LOS CONCEPTOS PENALES EN JAKOBS Y CRÍTICAS AL SISTEMA

El Derecho penal para JAKOBS cumple capitalmente una función de reestabilizar expectativas previamente defraudadas, y para ello precisará una auténtica y completa renormativización de los conceptos jurídico-penales[23]. De esta suerte, la teoría del delito del profesor de Bonn es una auténtica teoría de la imputación. Para la concepción jakobsoniana, el aspecto nuclear se centrará así en la eficiencia de la pena en orden a la reafirmación de la validez de la norma y la reestabilización del sistema. Para JAKOBS la relación entre delito y pena deriva del significado simbólico de ambos conceptos[24]: el delito es la negación objetiva de la norma, pero no con un significado empírico, sino comunicativo[25], y la pena es, también simbólicamente, la respuesta que confirma la norma[26]. Es decir, la conducta criminal, el delito, presupone un comportamiento

[22] Los individuos, que viven en sociedad y que portan determinados papeles en la vida social, generan a su alrededor un cúmulo de expectativas acerca de cuál será su comportamiento en el marco social. Los sujetos sociales presentan determinadas competencias organizacionales y al mismo tiempo competencias institucionales, competencias ambas que existen, paralelamente, a esas expectativas organizacionales e institucionales, respectivamente. En la concepción de JAKOBS los individuos vendrían a ocupar una posición de garante, en cuanto a que organizarán las interacciones en que intervienen socialmente sin generar violaciones a las normas penales, y ello tanto en el ámbito organizacional como en el ámbito institucional.

[23] Así, por ejemplo, la causalidad y la finalidad se sustituyen por el concepto normativo de competencia.

[24] El delito y la pena se ubican, según JAKOBS, «en la esfera del significado». *Vid.* 1997a: p. 13.

[25] En efecto, para JAKOBS el Derecho penal no tiene su desarrollo en la conciencia individual, sino en la comunicación.

[26] Para JAKOBS el delito no es un problema interindividual, sino un problema estrictamente social. El mismo no se definiría como un conflicto entre varios sujetos, individuos o grupos de personas, sino entre la actitud de un sujeto —o varios— y la sociedad, entre un individuo y el orden social mismo. JAKOBS sostiene entonces que la pena es la reacción de la sociedad frente a esas actitudes y conductas que ponen en peligro o atacan la propia esencia de la sociedad, pero limitándose a atribuir un significado meramente simbólico de ambos conceptos. Ahora bien, si esto es así, si la pena tan sólo implica la negación del delito y la afirmación de la norma, si únicamente tiene un significado simbólico-comunicativo y no empírico, si no se persigue principalmente con la misma la prevención de nuevos delitos, ¿qué sentido tiene el mal real y empírico implícito en toda pena? *Vid.* MIR PUIG, S., 1998: «Recensión al libro Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional», en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2.ª época, n.º 2, pp. 445-455.

que significa el poner en cuestión la validez y vigencia de la norma, conducta frente a la que se erige la sanción con la que se responde no al daño a un determinado bien jurídico, sino a un daño a la vigencia de la norma infringida.

Las normas penales no son así, según esta concepción, mandatos imperativos dirigidos a los individuos, sino que contendrán, de manera significativa y de forma generalizada, la previsión de la reacción simbólica a la conducta, también significativa [27], de los sujetos. Las normas son, en palabras de LESCH, «estructuras simbólicas generalizadas» [28]. De esta forma, la norma penal, mediante la previsión de la sanción, refuerza las expectativas contempladas para el caso de defraudación. En estos casos, la expectativa se reafirma [29].

Una de las principales críticas que recibe la construcción de JAKOBS es precisamente la de su pretensión de hacer pivotar toda la concepción del Derecho penal en el fin de la prevención general positiva, ya que si bien es cierto que el Derecho penal cumple una función estabilizadora y de reafirmación de la colectividad —a largo plazo—, de y en, las normas sociales, las costumbres y las expectativas, parece exagerado atribuir a dicha función la misión única y principal del Derecho penal, que se convertiría, de esa suerte, en un instrumento directo y principal del fomento del consenso social y de evitación del disenso [30]. En esta misma línea, y de ahí otra de las críticas que se formulan a la construcción jakobsoniana, la pretensión de consenso que se propugna salvaguardar con el Derecho penal pugnaría con la legítima pretensión de cambio de la realidad social actual, y además, en la medida en que JAKOBS no es capaz de definir racionalmente las características del sistema social hacia el que funcionaliza toda su teoría, formula sus concepciones en base a un sistema social abstracto, y por tanto compatible con múltiples hipótesis de sociedad y de opciones político criminales diferentes [31].

Crítica a la formulación sistemática de JAKOBS lo ha sido también el que, partiendo éste de la teoría sistémica de LUHMANN, ha incurrido en una formulación patentemente contradictoria en relación con determinados postulados de tal teoría, en especial por lo tocante con la posición ocupada por el sujeto en relación con el sistema

---

[27] El significado de los hechos delictivos viene a ser, como ya hemos visto, una afirmación que contradice la norma, no pudiéndonos detener en los aspectos puramente naturalísticos y externos del comportamiento, sino que se hace preciso, bajo estos parámetros, considerarlo como una forma más de comunicación. *Vid.* LESCH, H. H., 1999: *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revisión,* Köln, etc., Carl Heymanns, p. 211. El mismo LESCH, H. H., 1995: *Intervención delictiva e imputación objetiva,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 85, señala que las normas «no pueden ser afectadas mediante hechos, sino sólo mediante comunicación».

[28] LESCH, 1995: p. 85.

[29] Como señala JAKOBS, 1997a: p. 18, la pena tiene lugar para ejercitar en la confianza hacia la norma.

[30] *Vid.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2001: p. 120.

[31] El propio JAKOBS reconoce que una de las posibles carencias de su enfoque se halla en su perspectiva acrítica del sistema social. *Vid.* JAKOBS, 1996a: p. 11. En cualquiera de los casos, es evidente que JAKOBS se limita a explicar el papel del Derecho penal como instrumento preservador de la sociedad, sea cual fuere ésta —democrática o totalitaria—, ya que cada sociedad, para subsistir, precisa de las normas —que le dan configuración— y de las normas penales, específicamente, que protegen aquéllas y a la sociedad misma; por ello, el debate sobre la configuración ideal de la sociedad trasciende del ámbito del análisis del papel desempeñado por el ordenamiento penal, que según la concepción de JAKOBS vendrá a ser el mismo en todas las sociedades, independientemente de su configuración concreta: preservar la sociedad misma a través de velar por la subsistencia de las normas.

social. Así, mientras que para LUHMANN el sistema social o la sociedad se compone tan sólo de comunicaciones y no de conciencias individuales, JAKOBS, sin embargo, parece dar entrada en el sistema a la misma conciencia individual, por ejemplo, al considerar el delito como la conducta que, en virtud de la motivación subjetiva del individuo y de su conciencia[32], incurre en contradicción a la norma; o como sucede, por ejemplo, con su concepción de la culpabilidad, en la que da entrada a la responsabilidad del sujeto con un contorno de conciencia autónoma y libre que le produce incurrir en el riesgo de ser incoherente de nuevo con los presupuestos luhmannianos que dejarían estos aspectos fuera del sistema mismo —si bien es cierto que la alternativa supondría caer en una incontrovertida instrumentalización rechazable de tal concepto, situándolo completamente al margen de la dignidad de la persona—[33]; JAKOBS y su Escuela, por otra parte, se quedan a medio camino[34] de la que sería la posición de LUHMANN cuando en múltiples ocasiones no les queda otro remedio que tomar en consideración al hombre desde una perspectiva naturalística a la hora de reconocer que el sistema se comunica con el mismo a través de la pena y del delito, los cuales, siendo comunicación, tienen que comunicar, precisamente, con los sujetos reales y libres y no con el sistema mismo, en tanto que en otras ocasiones parecen referirse a una comunicación del sistema con el propio sistema y no con los individuos. En relación con estas consideraciones, algunos autores han criticado a estas formulaciones del funcionalismo radical el que intentando ser luhmannianos de base han resultado incoherentes con determinados aspectos de sus teorías, señalando incluso la dificultad de lograr, con un mínimo de coherencia, un pretendido funcionalismo sistémico en el ámbito penal[35].

Por último, si bien habría que coincidir con JAKOBS en que una coherente perspectiva sociológica del Derecho penal no puede ignorar que el ordenamiento jurídico penal jamás podrá ser considerado de forma simple, abstracta, y sin más, como un mero conjunto de normas carentes de sentido social, y admitiendo que es preciso reconocer que las mismas cumplen una función social, sin embargo no puede coincidirse con el planteamiento jakobsoniano de que la función de las normas penales sea ajena a los valores de la sociedad —y en esto nos apartamos de la líneas del pensamiento de JAKOBS, pareciéndonos más aceptables las tesis formuladas desde el pensamiento de ROXIN— a la que pertenecen, sino que deben servir, precisamente, a los mismos, y más aún, podríamos decir que la legitimidad de las normas penales se hallará, precisamente, en la misma legitimidad de los valores de referencia. Por ello, la superficial

---

[32] Precisas para la imputación de la conducta al sujeto.

[33] *Vid.* PÉREZ MANZANO, M., 1986: *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena,* Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, pp. 170 y ss.

[34] Como señala GARCÍA AMADO, J. A., en el texto de la ponencia que presentó bajo el título *Luhmann y el Derecho Penal. Misión Imposible. O de cómo ser al tiempo sistémico y dogmático penal* el día 8 de junio de 2000, en León, en el marco del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal «Funcionalismo, Teoría de sistemas y Derecho Penal» organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público Básico de la Facultad de Derecho de la Universidad de León. Para GARCÍA AMADO, la posibilidad de ser dogmático penal —al menos según el sentido tradicional— y al mismo tiempo sistémico, se torna en tarea ciertamente dificultosa por no decir imposible.

[35] Como puso de manifiesto GARCÍA AMADO en su ponencia *Luhmann y el Derecho Penal. Misión Imposible. O de cómo ser al tiempo sistémico y dogmático penal, op. cit.*

y formal concepción del funcionalismo normativista de JAKOBS de que la función de las normas es su propio mantenimiento, ajena por tanto a toda cuestión valorativa[36], debe ser rechazada[37].

En definitiva, la formulación de JAKOBS adolece de una excesiva normativización[38] y funcionalización de los conceptos[39], preocupándose en exceso por los fines del sistema mismo y conduciendo a un auténtico sistema cerrado y poco garantista, quedando las categorías del delito sin contenidos claros, y mostrándose, por otra parte, aptas para acoger en su seno cualquier argumento coherente con el fin de estabilización de las normas, conduciendo a una suerte de neopositivismo en el que la sanción se justifica para reforzar y cohesionar a la comunidad misma, en una suerte de neoretribucionismo inspirado en la fidelidad al Derecho[40].

BIBLIOGRAFÍA

DE LA CUESTA AGUADO, P. M., 1998: *Tipicidad e imputación objetiva,* 2.ª ed., Mendoza: Editorial Jurídica de Cuyo.

---

[36] En cualquier caso es preciso reseñar que el enfoque jakobsoniano no puede resultar en todo momento un análisis puramente neutro, descriptivo y desprovisto de todo tipo de consideraciones valorativas, como se demuestra, por ejemplo, entre otros momentos, cuando defiende que dada la grave injerencia que supone la intervención penal, su legitimación debe derivar de la conformación de la misma de la forma más democrática posible. *Vid.* 1997a: p. 80. Ahora bien, esas consideraciones o elementos valorativos que aparecen en su obra no derivan sino del hecho de que su centro de atención se residencia, en el momento de referir dichas valoraciones, al sistema jurídico penal alemán contemporáneo, que es el que sirve de base de referencia al análisis formulado por el autor. Esto no quiere decir, por supuesto, que la formulación dogmática de estos autores intercale, en el marco de un planteamiento que se define como puramente descriptivo y neutro, consideraciones valorativas incoherentes con lo anterior, sino que simplemente describe, en un momento determinado, unas características de un determinado sistema jurídico —el alemán—, que no pueden extrapolarse a la conformación de cualquier sistema jurídico.

[37] Es preciso referir que JAKOBS, siguiendo a LUHMANN, coloca a los sujetos fuera del sistema social mismo, y por tanto fuera del objeto de protección del Derecho penal. Para JAKOBS el sistema social está conformado por un conjunto de interacciones sociales y no por un conjunto de sujetos.

[38] Especialmente criticado por SCHÜNEMANN, B., 1984: «Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht», en SCHÜNEMANN (ed.), *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems,* Berlin/New York: DeGruyter, pp. 154 y ss., p. 184. Para comprender el pensamiento de JAKOBS no debemos olvidar que el profesor de Bonn fue discípulo de WELZEL. Ahora bien, el normativismo extremo del que hace gala JAKOBS, no pudiendo incardinarse o concatenarse linealmente en el seguimiento del finalismo, únicamente puede ser entendido como reacción frente al ontologismo de WELZEL. En este sentido, como advierte CEREZO MIR, fue probablemente la encomienda que le hizo WELZEL de revisar su manual, y una vez comenzada la labor, lo que hizo derivar a JAKOBS, en una suerte de reacción evolutivo-intelectual, en un manifiesto rechazo al ontologismo y en el acogimiento de una postura anclada en el normativismo extremo al que nos estamos refiriendo.

[39] A pesar de ello no puede negarse que por debajo de dicha funcionalización y normativización extrema subyace un cierto contacto con su concepción social.

[40] Aunque JAKOBS no llega ni siquiera tan lejos como pretender la fidelidad al Derecho, su opinión es que la función del ordenamiento jurídico penal queda agotada en la mera protección de las normas, de tal suerte que la imposición de la pena no persigue la prevención de nuevos delitos sino simplemente la afirmación de la propia norma como medio de garantizar a la propia sociedad que se ha constituido y se configura a través de normas. Las tesis del funcionalismo radical o estratégico sustentadas por JAKOBS y su Escuela son minoritarias en Alemania, donde por el contrario son aceptadas mayoritariamente las orientaciones teleológico valorativas de ROXIN. No obstante, así como en Alemania las tesis jakobsonianas experimentan ardorosas críticas, fuera de las fronteras —en especial en Hispanoamérica, y más en concreto en Colombia y Perú— las mismas han venido experimentando cierto acogimiento en un sector nada desdeñable de la dogmática penal, que se ha visto seducido por el sistema conceptual cerrado que presenta el profesor de Bonn.

GARCÍA AMADO, J. A.: *Luhmann y el Derecho Penal. Misión Imposible. O de cómo ser al tiempo sistémico y dogmático penal,* ponencia del día 8 de junio de 2000, en León, en el marco del II Seminario de Filosofía del Derecho y Derecho Penal «Funcionalismo, Teoría de sistemas y Derecho Penal» organizado por las Áreas de Filosofía del Derecho y de Derecho Penal del Departamento de Derecho Público Básico de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

GIMBERNAT ORDEIG, E., 1999: *Concepto y método de la ciencia del Derecho penal,* Madrid: Tecnos.

JAKOBS, G., 1991: *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª ed., Berlin/New York: Walter de Gryter.

— 1993: *Strafrecht Allgemeiner Teil, Die Grundlagen und die Zurechnungslehre,* 2.ª ed., Berlin-New York: DeGruyter.

— 1996a: *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Manuel CANCIO MELIÁ y Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ), Madrid: Civitas.

— 1996b: *Autoría mediata con instrumentos que actúan por error como problema de imputación objetiva,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

— 1997a: *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación,* 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons.

— 1997b: *Estudios de Derecho Penal,* Madrid: Civitas.

— 1998: *Tötung auf Verlangen, Euthanasie und Strafrechtssystem,* München: Bayerische Akademie der Wissenschaften.

— 2000: «La omisión: estado de la cuestión», en *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra), 1.ª ed., Madrid: Civitas.

LESCH, H. H., 1995: *Intervención delictiva e imputación objetiva,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

— 1999a: *Der Verbrechensbegriff, Grundlinien einer funktionalen Revisión,* Köln: Carl Heymanns.

— 1999b: *La función de la pena,* Madrid: Dykinson.

LUHMANN, N., 1974: *Soziologische Aufklärung,* 1, Opladen: Westdeutscher Verlag, 4.ª ed.

— 1982: «Durkheim on Morality and the Division of Labor», en *The Differentation of Society,* Columbia University Press, pp. 5-7.

— 1987: *Rechtssoziologie,* 3.ª ed., Opladen: Westdeutscher Verlag.

— 1988: *Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie,* 2.ª ed., Frankfurt.

— 1991: *Sistema Social,* México: Alianza.

— *The Autopoiesis of Social System,* Florencia, IUE, Autopoiesis Colloquium Papers, multigr. —Doc. IUE 328/85— Col. 181, pp. 25-26.

MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, C., 2001: «La concepción significativa de la acción de T. S. VIVES y sus correspondencias sistemáticas con las concepciones teleológico-funcionales del delito», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña.*

MIR PUIG, S., 1998: «Recensión al libro Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional», en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 2.ª epoca, n.º 2.

PEÑARANDA RAMOS, E.; SUÁREZ GONZÁLEZ, C., y CANCIO MELIÁ, M., 1999: *Un nuevo sistema del Derecho penal: consideraciones sobre la teoría de la imputación de Günther Jakobs,* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

PÉREZ MANZANO, M., 1986: *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena,* Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

ROXIN, C., 1970a: *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale,* 2.ª ed., Berlin: Walter de Gruyter.

— 1970b: «Sobre la autoría y participación en el Derecho Penal», en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del Derecho,* Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa, Buenos Aires: Pannedille.

— 1973: *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem,* 2.ª ed., Berlin: DeGruyter.

— 1979: *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico* (trad. Enrique BACIGALUPO), Buenos Aires: Depalma.

— 1994: *Strafrecht, Allgemeiner Teil,*: München: C. H. Beck.

— 1997: *Strafrecht Allgemeiner Teil,* vol. I, 3.ª ed. München: C. H. Bick'sche Verlagsbuchhandlung.

— 1997: *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito,* trad. y notas LUZÓN PEÑA, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, DE VICENTE REMESAL, 1.ª ed., Madrid: Civitas.

— 1998a: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* trad. CUELLO CONTRERAS-SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, 6.ª ed. alemana, Madrid: Marcial Pons.

— 1998b: «Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems», em *Festscrhrift für Günther Kaiser,* Berlin: Duncker & Humblot.

— 1998c: «El desarrollo del Derecho Penal en el siguiente siglo», en *Dogmática Penal y Política Criminal,* Lima: Idemsa.

— 2000a: «Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión», en *Sobre el estado de la teoría del delito* (Seminario de la Universitat Pompeu Fabra), 1.ª ed., Madrid: Cuadernos Civitas.

— 2000b: *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal,* Madrid: Marcial Pons.

— 2002: *Política criminal y sistema del derecho penal,* 2.ª ed., Buenos Aires: Hammurabi.

SAINZ CANTERO, J. A., 1980 (reimpresión, 1981): *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Introducción,* Barcelona: Bosch.

SCHÜNEMANN, B. (comp.), 1991: «El sistema moderno del Derecho penal: Cuestiones fundamentales», en *Estudios en honor de Claus Roxin en su 50.º aniversario,* Introducción, traducción y notas de Jesús María SILVA SÁNCHEZ, Madrid: Tecnos.

SILVA SÁNCHEZ, J. M., 1992: *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo,* Barcelona: J. M. Bosch Editor, S. A.

VEHLING, K.-H., 1991: *Die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch,* Frankfurt M., Suhrkamp.

VIEHWEG, T., 1964: «Tópica y jurisprudencia» (trad. DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN), en *Ensayistas de hoy,* n.º 39, Madrid: Taurus.

VIVES ANTÓN, T. S.. 1996: *Fundamentos del Sistema Penal,* con prólogo de J. A. BELLOCH JULBE, Valencia: Tirant lo Blanch.

WÜRTENBERGER, T., 1967: *Persona y Ley Jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho,* Argentina: Universidad Nacional de Córdoba.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., 2001: *Política Criminal,* Madrid: Colex, Madrid.

LÓGICA Y PREMISAS IMPLÍCITAS EN LAS CONTRADICCIONES DE TESIS*

José Ramón Cossío Díaz**

RESUMEN. En su calidad de Ministro de la Suprema Corte mexicana, en el siguiente voto particular el autor defiende la existencia de una contradicción de criterios (de tesis) entre dos órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de México incluso cuando no estén expresamente señalados en el fallo; considera que es condición suficiente que los criterios se encuentren implícitos en la argumentación. Para sostener su afirmación, el autor explica el papel de la lógica en la aplicación del derecho, establece una serie de reglas metodológicas que considera se deben tomar en cuenta para identificar un criterio implícito —entimemático—, y recomienda algunos pasos a seguir tanto en el aspecto formal como en el material de la argumentación para resolver cualquier tipo de contradicción de tesis.

Palabras clave: contradicción de tesis, lógica, criterios implícitos.

ABSTRACT. In his dissenting opinion, the author, as a Justice in the Mexican Supreme Court, maintains the existence of a contradiction of criteria (of thesis) between two national courts in the Mexican judiciary, even when they are not specifically mentioned in the ruling. He considers that it is a sufficient condition that the criteria are implicit in the reasoning. To support his assertion, the author explains the role of logic in the application of law, establishes a series of methodological rules, which he considers should be taken into account in order to identify an implicit criterion —entimematic—, and recommends certain steps to be taken, in both the formal and the material aspect of reasoning, in order to solve any kind of contradiction of theses.

Keywords: Contradiction of theses, logic, implicit criteria.

---

* El contenido de este documento derivó del voto particular que formuló el Ministro José Ramón Cossío Díaz, al que se adhieren los Ministros Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo y Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, en relación con la contradicción de tesis 2/2006-PL, sustentada entre la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

** Se agradece el apoyo del Doctor Roberto Lara Chagoyán para la elaboración de este documento.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México es el único tribunal que puede resolver las posibles contradicciones que se presenten entre criterios (tesis) emitidos por tribunales federales. Si las contradicciones son penales o civiles, las resuelve la Primera Sala de la Corte, y si son administrativas o laborales, la Segunda Sala. Cada Sala se integra por 5 ministros (magistrados). Puede también darse el caso de que entre la Primera y la Segunda salas existan criterios que se denuncien como contradictorios y el Tribunal Pleno de la Corte, formado por los integrantes de las dos salas más el presidente, es quien resuelve la contradicción. En toda contradicción de criterios se determina, en primer lugar, si existe la contradicción y, en segundo, qué criterio debe prevalecer. Así, muchas denuncias de contradicción no llegan al segundo paso, porque la Sala o el Pleno, según se trate, determinan que la contradicción es inexistente.

El presente voto particular deriva de una resolución emitida por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (CT-2/2006-PL). El planteamiento que se resolvió fue si entre dos criterios sustentados por cada una de las dos salas de la Corte existía o no contradicción y qué criterio debía prevalecer. Se analizó un fallo de la Primera Sala (CT-99/2005-PS) contra tres fallos de la Segunda (CT-127/2001-SS, CT-33/94 y CT-38/93). Estos fallos derivaban, a su vez, de contradicciones que resolvió cada una de las salas de la Corte.

El tema a dilucidar se constriñó a determinar si existe una contradicción cuando al menos uno de los criterios contendientes es implícito o si, por el contrario, es necesario que tales criterios sean expresos. La mayoría de los ministros estuvieron de acuerdo en que la Segunda Sala admite la primera posibilidad, mientras que la Primera Sala asume la segunda de las posturas. En consecuencia, concluyeron que la contradicción era existente y que debía prevalecer el criterio de la Segunda Sala.

Diferí de la mayoría de los ministros en cuanto a la existencia de la contradicción. Para mí, puede perfectamente existir una contradicción a partir de criterios implícitos, pero en los fallos sometidos a análisis no existía realmente una genuina contradicción. Así, en el voto, expreso las razones por las cuales considero que no existe la contradicción (1); hago referencia al papel de la lógica en la aplicación del Derecho (2); expongo una serie de reglas metodológicas que considero se deben tomar en cuenta para identificar un criterio implícito (3); y finalmente, digo cuáles son los pasos que conviene seguir, tanto en el aspecto formal como material, a la hora de resolver cualquier tipo de contradicción de criterios (4).

* * *

El día doce de junio de dos mil seis, este Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abordó el estudio de la contradicción de tesis 2/2006-PL, sustentada entre la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En ella, la mayoría de los ministros integrantes del Tribunal Pleno determinaron declarar **existente** la contradicción de tesis entre los criterios sustentados por la Primera y la Segunda Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver, respectivamente, las contradicciones de tesis que a continuación se enuncian:

Primera Sala: CT-99/2005-PS [1]
Segunda Sala: CT-127/2001-SS [2], CT-33/94 [3] y CT-38/93 [4].

El tema a dilucidar se constriñó a determinar si se puede integrar una contradicción de tesis cuando al menos uno de los criterios contendientes es implícito o si, por el contrario, es necesario que tales criterios sean expresos. La mayoría de los ministros estuvieron de acuerdo en que la Segunda Sala admite la primera posibilidad, mientras que la Primera Sala asume la segunda de las posturas. En consecuencia, concluyeron que la contradicción de tesis existe y que debe prevalecer el criterio del Tribunal Pleno que es esencialmente idéntico al de la Segunda Sala.

Los motivos que me llevan a la formulación del presente voto particular serán expuestos en cuatro partes: 1) en primer lugar, me referiré a que, desde mi punto de vista, no existe contradicción de tesis entre las salas de este alto tribunal a partir de los casos sometidos a su consideración; 2) en segundo, hablaré sobre el papel de la lógica en la aplicación del Derecho; 3) por otro lado, estableceré una serie de reglas metodológicas que considero se deben tomar en cuenta para identificar un criterio implícito, y 4) finalmente, me referiré a los pasos que conviene seguir, tanto en el aspecto formal como material, a la hora de resolver cualquier tipo de contradicción de tesis.

1. SOBRE LA NO EXISTENCIA DE LA CONTRADICCIÓN DE TESIS

1.1. En primer lugar, quiero expresar que los ministros que integramos la Primera Sala nunca hemos estado en contra de que existan contradicciones de tesis que contengan criterios implícitos. Por ejemplo, la contradicción de tesis n.º 105/2005-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en materia penal del primer circuito, resuelta bajo mi ponencia, en sesión de fecha veintiocho de septiembre de dos mil cinco [5].

En ella, uno de los criterios contendientes era implícito, tal como se puede apreciar en la siguiente transcripción (se añaden énfasis):

> «Así, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito, al resolver el juicio de amparo directo penal 2917/1999, **implícitamente** adopta el criterio de que se configura el delito violencia en contra de los miembros de una guardia, previsto y sancionado en los arts. 278 y 279, fracción II, del Código de Justicia Militar, aun cuando el sujeto activo se encuentre franco el día que acontecieron los hechos; en esta tesitura, se surte competencia a favor del Supremo Tribunal Militar para que conozca este asunto» [6].

---

[1] Bajo la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.
[2] Bajo la ponencia del Ministro José Vicente Aguinaco Alemán.
[3] Bajo la ponencia del Ministro Humberto Román Palacios.
[4] Bajo la ponencia del Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.
[5] El tema a dilucidar era si los delitos previstos en el libro Segundo del Código de Justicia Militar requieren para su acreditación que el militar que los cometa lo haga con motivo del servicio que desempeña o si, por el contrario, la calidad de militar en activo es suficiente para determinar la existencia de dichos delitos.
[6] P. 25, tercer párrafo, de la Contradicción de Tesis n.º 105/2005-PS, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Segundo, ambos en materia penal del primer circuito. 28 de septiembre de 2005. Cuatro votos. Ausente: Ministro Juan N. Silva Meza.

En contraste, no existe ningún asunto en el que la Primera Sala haya negado la posibilidad de la existencia de contradicciones de tesis en las que alguno de los criterios sea implícito. Ni siquiera el criterio que se sometió a la consideración de los señores ministros integrantes del Tribunal Pleno en el presente asunto —la contradicción de tesis identificada con el número de expediente CT-99/2005-PS—, tal como lo demostraré a continuación.

1.2. En segundo lugar, y una vez aclarado lo anterior, conviene traer a colación cada uno de los asuntos que se plantearon como contradictorios:

Por parte de la **Segunda Sala,** los criterios que se oponen al criterio de la Primera, se derivan de las contradicciones de tesis CT-127/2001-SS; CT-33/94 y CT-38/93.

En el primer asunto (CT-127/2001-SS), la Segunda Sala determinó que la contradicción planteada era **inexistente.** Parece por lo menos contraintuitivo que tal asunto se hubiera considerado como oponible en el presente caso, ya que lo que se buscaba determinar era si es posible que se actualice una contradicción —existente, claro está— en la que al menos uno de los criterios fuera implícito. En otras palabras, en este asunto se determinó que no existía contradicción de tesis **ni siquiera de manera implícita** —ésta es la única referencia a lo implícito que se encuentra en esa ejecutoria—, con lo cual no se cuenta con un elemento de contraste con relación a la contradicción entre Salas a que este voto se refiere. Lo anterior, porque se trata del «no empleo de criterios implícitos», esto es, de un hecho negativo.

En el segundo (CT-33/94), la Segunda Sala admite la posibilidad de que la contradicción de tesis se suscite aun cuando en uno de los criterios se haya hecho un "pronunciamiento indirecto":

> «Cabe aclarar, que el hecho de que uno de los criterios materia de la contradicción de tesis denunciada haya hecho pronunciamiento indirecto sobre la aceptación de la procedencia de la ampliación de la demanda, según los términos de las disposiciones de la Ley Federal de los Trabajadores al Servicio del Estado, no impide que pueda analizarse la contradicción planteada, pues si de dicho criterio se infiere que es contrario al que plantea el órgano colegiado contendiente, ello basta para estimar que se satisfacen los requisitos que se exigen para la existencia de la contradicción, en virtud de que tal discrepancia tiene jurídicamente los mismos efectos que un desacuerdo expreso»[7].

Finalmente, en el tercero de los casos (CT-38/93), el razonamiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación queda contenido en el siguiente texto que, en aras de la claridad, conviene transcribir (se añaden énfasis):

---

[7] A partir de este asunto, se generó la tesis aislada que se utiliza en el caso como representativa del criterio de la Segunda Sala. Se trata de Tesis n.º 2.ª LXXVIII/95 de la Novena Época, emitida por la Segunda Sala, consultable en la p. 372 del tomo II, correspondiente al mes de septiembre de 1995, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. El rubro y el texto rezan: «CONTRADICCIÓN DE TESIS. PROCEDE SU ANÁLISIS AUNQUE UNO DE LOS CRITERIOS DIVERGENTES SEA IMPLÍCITO, SIEMPRE Y CUANDO EL SENTIDO DE ÉSTE PUEDA DEDUCIRSE INDUBITABLEMENTE. El hecho de que uno de los criterios divergentes materia de la contradicción de tesis denunciada, sea implícito, no impide que pueda analizarse y resolverse la contradicción planteada, pero para que la divergencia tenga jurídicamente los mismos efectos que un desacuerdo expreso al resolver cuestiones esencialmente iguales, se requiere que el sentido atribuido al criterio tácito sea indubitable». Contradicción de tesis 33/94. Entre los Tribunales Colegiados Primero y Noveno en Materia de Trabajo del Primer Circuito. 23 de junio de 1995. Cinco votos. Ponente: Genaro David Góngora Pimentel. Secretaria: Rosalba Becerril Velázquez.

«Sobre el particular el Segundo Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito sostiene que la regla establecida en el párrafo primero del art. 248 del Código Fiscal de la Federación, en lo relativo a la cuantía del asunto, no le es aplicable a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público porque en relación con esa autoridad rige la regla contenida en el párrafo cuarto de ese precepto, conforme al cual la Secretaría mencionada podrá interponer el recurso cuando la resolución o sentencia afecte el interés fiscal de la Federación y, a su juicio, el asunto tenga importancia independientemente de su monto.

Por su parte, el Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito si bien no expuso consideraciones expresas en cuanto a la aplicación del párrafo primero del mencionado art. 248, *al aceptar que el recurso de revisión interpuesto por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público es procedente con la sola invocación [por] parte de la recurrente de la cuantía del asunto, tácitamente sostiene que sí le es aplicable a esa autoridad el primer párrafo del aludido precepto*».

En este asunto, la Segunda Sala determinó que cada uno de los tribunales contendientes arribaron a conclusiones distintas sobre el mismo problema, habiéndose desprendido, de manera implícita, la posición de uno de los tribunales.

Por su parte, el criterio de la **Primera Sala** que se opuso a los anteriores es el identificado con el número de expediente CT-99/2005-PS. En él se resolvió esencialmente que **no existía contradicción de tesis** entre los criterios contrapuestos, porque uno de los tribunales[8] afirmó que no es necesaria la ratificación de la autorización ante el juzgado para que los abogados procuradores puedan articular posiciones, habiendo dado, para ello, una serie de razonamientos en los que fundó su dicho, mientras que el otro Tribunal Colegiado[9] señaló aparentemente lo contrario, *pero sin haber motivado su afirmación, es decir, sin justificar con razones esa aseveración.* En consecuencia, se resolvió que, ante la imposibilidad de realizar un contraste de criterios, por un lado, debido a la falta de uno de los razonamientos y, por otro lado, debido a la ambigüedad de una de las afirmaciones, la contradicción era inexistente.

1.3. Una vez que se ha aclarado lo anterior, considero necesario señalar que para resolver el presente asunto se debió partir de la siguiente cuestión: ¿puede considerarse con propiedad que en la contradicción de tesis de la Primera Sala, identificada con el número de expediente CT-99/2005-PS, **se niega la posibilidad de la existencia de la contradicción basada en criterios implícitos**? De la respuesta a esta interrogante depende, a mi juicio, la existencia de la presente contradicción de tesis.

Para estar en condiciones de determinar lo anterior, conviene traer a colación la *ratio decidendi* de ese asunto. Como se dijo, en esa ejecutoria se resolvió que no existía contradicción de tesis entre los criterios contrapuestos, porque uno de los tribunales afirmó que no era necesaria la ratificación de la autorización ante el juzgado para que los abogados procuradores pudieran articular posiciones, habiendo dado, para ello, una serie de razonamientos en los que fundó su dicho; por su parte, el otro Tribunal Colegiado expresó de manera ambigua una frase a partir de la cual —consideró la Primera Sala— no era posible llevar a cabo un verdadero contraste con respecto al primer criterio; además de no haber apoyado con razones tal aseveración.

---

[8] Segundo Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito. Amparo en revisión 71/2005.
[9] Tercer Tribunal Colegiado del Decimoquinto Circuito. Amparo en revisión 698/2002.

La frase de la que se deriva esa contradicción es, como se dijo, problemática, porque deja ver una ambigüedad: que la ratificación es necesaria y que no lo es, ya que se dice textualmente (se añaden énfasis):

> «...**si bien** conforme a las disposiciones normativas en consulta el mandato que se confirió a sus abogados **requiere que se ratifique** ante la presencia judicial, **también lo es que dicha determinación no le depara un perjuicio de imposible reparación** [...]».

En ese caso los ministros de la Primera Sala consideramos que esa frase ambigua —que además no estaba relacionada con la *litis* de la ejecutoria— no podía constituir un criterio contradictorio con respecto al que se le opuso, esencialmente, porque **no existía materia para realizar el contraste,** esto es, **no había un argumento que contrastar con el otro.**

1.4. En ese orden de ideas, y ya refiriéndome en concreto a la presente contradicción de criterios entre los sustentados por las salas Primera y Segunda de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, considero que el asunto al que acabo de referirme (CT-99/2005-PS) no constituye un ejemplo genuino en el que se niegue la posibilidad de la existencia de contradicciones de tesis tomando en cuenta al menos un criterio implícito.

El problema que resolvió la Primera Sala, a mi juicio, **no tiene nada que ver con la existencia o no de criterios implícitos sino con la imposibilidad material de hacer un contraste.** Esa situación, por lo demás, no está a discusión y más bien ha sido aceptada por este Tribunal Pleno.

Todos coincidimos en que, para que exista contradicción entre criterios, no basta que uno de los tribunales afirme lo que el otro niega, sino que es menester que existan argumentos jurídicos que sustenten las afirmaciones que se suponen en contradicción.

El problema no es entonces de premisas implícitas o no premisas implícitas, se trata más bien de la ausencia de argumentos. Me parece que es claramente diferenciable un problema de premisas implícitas de un problema de ausencia o presencia de argumentos.

La tesis de la Segunda Sala que se utiliza para resolver contradicciones en las que al menos uno de los criterios es implícito dice con toda claridad que el hecho de que uno de los criterios divergentes sea implícito, no impide que pueda analizarse y resolverse la contradicción planteada, pero se requiere —dice con precisión— **«que el sentido atribuido al criterio tácito sea indubitable»**[10]. ¿Cómo va a deducirse algo indubitablemente si no hay un argumento construido? ¿A partir de una ausencia de argumentación vamos a inferir más allá de una posibilidad lógica, mediante la construcción de las premisas?

Si se responde afirmativamente esa última cuestión, no sólo se estaría construyendo una parte del argumento (una premisa) sino la totalidad del argumento, y sobre ello se estaría construyendo de manera artificiosa la contradicción.

Podría discutirse si para que exista la contradicción basta la oposición formal (en términos estrictamente lógicos A es B *vs.* A no es B, sin atender al contenido) o si, en

---

[10] *Ut supra,* nota 4.

cambio, es necesario oponer los criterios materiales atendiendo al contenido. Pero esto no tiene que ver con el tema de lo implícito.

En conclusión, considero que en el presente caso el criterio de la Primera Sala, derivado del expediente CT-99/2005-PS, no reúne las características necesarias para que pueda ser considerado como un ejemplo representativo de contradicción de tesis en la que al menos uno de los criterios contendientes sea implícito. Para determinar cuáles son esas condiciones, es necesario elaborar una suerte de criterio que permita guiarnos, desde el punto de vista metodológico, a la hora de identificar criterios implícitos. Siempre he considerado conveniente que sea el propio Tribunal Constitucional el que construya o diseñe este tipo de guías metodológicas de forma más o menos abstracta para poder emplearse consistentemente en casos análogos.

2. SOBRE EL PAPEL DE LA LÓGICA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO.

Considerar que en las sentencias se expresen razonamientos lógicos no significa que se reduzcan a la construcción de tres premisas: mayor, menor y conclusión, bajo las conocidas figuras y modos del silogismo: BARBARA, CELARENT, DARII, FERIO, etcétera. Esto se ha convertido ya en un lugar común. Lo que hoy en día priva, y esta Suprema Corte ha hecho un extraordinario esfuerzo en ese sentido, es la construcción de razonamientos por vía de argumentación jurídica, y no por la aplicación simple y llana de silogismos.

Si estamos utilizando la argumentación jurídica, preguntémonos qué característica tiene ésta, y la respuesta es: la argumentación jurídica es un conjunto de criterios lógicos que son necesarios pero no suficientes para la construcción del razonamiento judicial. La argumentación jurídica emplea, además del razonamiento lógico, otro tipo de razonamientos como son las inducciones, las abducciones, las ponderaciones, etcétera.

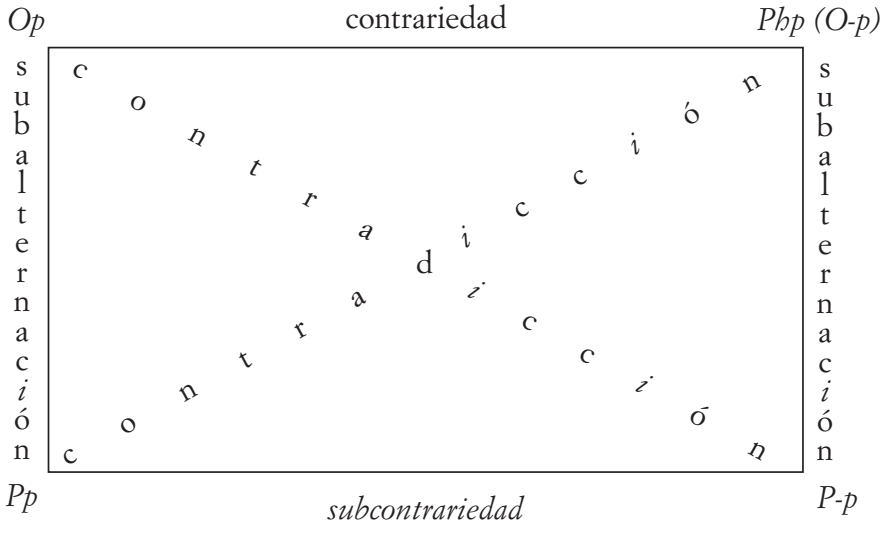
Así, considero que no es posible eliminar una herramienta tan poderosa como la lógica en el diseño metodológico y en la construcción de argumentos, pero es importante precisar que los razonamientos que expresamos en las sentencias no pueden reducirse solamente a la silogística aristotélica o lógica clásica que algunos llaman "lógica tradicional".

A decir de Manuel ATIENZA, la justificación, la motivación de las decisiones va más allá de la lógica formal. Este autor hace referencia a algunos teóricos contemporáneos de la argumentación jurídica que apoyan esta afirmación: Neil MACCORMICK sostiene que la justificación judicial de tipo deductivo (es decir, logico-formal) es suficiente en los casos fáciles pero no en los difíciles; Robert ALEXY considera que la argumentación jurídica es un caso especial de la argumentación práctica general, y que se caracteriza porque en ella rigen las reglas de discurso práctico general (que no son sólo reglas lógicas, sino también reglas de carácter semántico y pragmático) y reglas específicas del discurso jurídico, dentro de las cuales existen reglas referidas a la justificación interna (lógico-deductivas) y las de la justificación externa (que no tienen naturaleza lógica, aunque algunas de ellas las formule recurriendo a la notación lógica);

finalmente, para Carlos NINO, el razonamiento jurídico no es un razonamiento autónomo sino que depende, entre otros factores, de la moral, lo cual implica que no puede ser entendido en términos puramente formales [11].

El autor considera, por otro lado, que otra de las limitaciones de la lógica formal (la llamada "tradicional") se refiere a que sus esquemas no son a veces adecuados para dar cuenta de los argumentos, o de cierto tipo de argumentos. Es necesario recurrir a instrumentos que no son sólo los de la **lógica formal ordinaria:** la lógica **deóntica** (o lógica de las normas); **lógicas divergentes** tales como las lógicas **no monótonas, borrosas** o **paraconsistentes;** esquemas de tipo **inductivo** o **abductivo;** o análisis de la estructura de los esquemas de los argumentos que se mueven en un plano menos abstracto que los de la lógica formal [12]. Conviene detenernos un poco en la definición de este tipo de lógicas, a manera de estricta orientación:

a) **Lógica deóntica.** En 1951 G. H. VON WRIGHT escribió un artículo titulado «Deontic Logic» [13], con el que se considera como el fundador de lógica deóntica, que no es otra cosa que la aplicación de la lógica (que tradicionalmente se había aplicado sólo a proposiciones, esto es, a enunciados verdaderos o falsos) a las normas. Esencialmente, viene a establecer en este artículo las relaciones lógicas entre normas lo encontramos en el famoso cuadro de oposiciones deónticas o cuadro de Apuleyo [14]:



[11] ATIENZA, M., 2006: *El Derecho como argumentación,* Barcelona: Ariel, pp. 176 y 177.

[12] ATIENZA, 2006.

[13] VON WRIGHT, G. H., 1957: «Deontic Logic», en *Logical Studies,* Londres: Routledge and Kegan Paul, pp. 58-74 (primera publicación: Mind, vol. 60, 1951, pp. 1-15). Véase también: ALCHOURRÓN, C. E., y BULYGIN, E., 1975: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Buenos Aires: Astrea.

[14] Sobre el origen y el análisis de este cuadro véase GARRIDO, M., 1981: *Lógica simbólica,* Madrid: Tecnos, pp. 154 y s.; VERNAUX, R., 1972: *Introducción general y Lógica,* versión castellana de POMBO, J. A., Barcelona: Herder, pp. 113-116.

De la lectura de este cuadro se pueden extraer los siguientes principios: el principio de subcontrariedad nos dice que, dada una acción determinada (p), o bien está permitido cumplirla (Pp), o bien está permitido omitirla (P-p). Podemos formalizar a este principio como Pp v P-p. El principio de contrariedad afirma que un mismo acto no puede ser a la vez obligatorio y prohibido: -(Op & Php). De acuerdo con los principios de subalternación, si algo es obligatorio, entonces está también permitido (Op → Pp) y si algo está prohibido, entonces su omisión está permitida (Php → P-p). De acuerdo con los principios de contradicción no puede ser que una acción sea obligatoria y al mismo tiempo esté permitida su omisión, ni puede ser que la misma acción esté al mismo tiempo prohibida y permitida: -(Op & P-p); -(Php & Pp). La diferencia entre contrariedad y contradictoriedad es la siguiente: dos proposiciones contrarias no pueden ser ambas verdaderas, pero sí ambas falsas, mientras que dos proposiciones contradictorias no pueden ser ni ambas verdaderas ni ambas falsas.

b) **Lógicas no monótonas.** Este tipo de lógicas se basan en la aplicación de reglas dependientes básicamente del contexto y pretenden servir no en relación con el producto, sino con el proceso de la argumentación. Esencialmente establecen restricciones con respecto al uso de las reglas de inferencia clásicas, esto es, rompen con la monotonía de la lógica formal que, como se sabe, parte del carácter no excluyente de los nuevos axiomas añadidos a los ya existentes. Las lógicas no monótonas tienen en cuenta la necesidad de detectar posibles inconsistencias con los nuevos axiomas. ATIENZA y otros autores señalan que el razonamiento jurídico tiene un carácter esencialmente no monotónico [15].

c) **Lógicas borrosas o de lo difuso.** Estas lógicas parten de la llamada "teoría de los conjuntos borrosos" ideada para dar cuenta de las nociones borrosas o vagas. Las lógicas borrosas no son bivalentes como lo es la lógica formal tradicional en la que sólo existen dos valores de verdad: falso y verdadero; son más bien lógicas polivalentes o plurivalentes, porque admiten diversos grados de verdad y de falsedad. Gracias a esa propiedad, permiten manejar informaciones borrosas [16]. En el Derecho (y sobre todo en el Derecho constitucional) se manejan cuestiones borrosas que no pueden ser resueltas con modelos de lógica formal o bivalente. Cuando se trata, por ejemplo, de determinar si un poder ha invadido la esfera competencial de otro esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que pueden existir diversos grados como la no intromisión, la no dependencia y la no subordinación. La naturaleza de ese problema era borrosa o difusa y la solución que ahí se presentó no respondía en modo alguno a la lógica tradicional [17].

---

[15] Véase ATIENZA, 206: pp. 119 y 133-135.

[16] ATIENZA, 2006:, pp. 135-137. Véase también MAZZARESE, T., 1996: «Lógica borrosa y decisiones judiciales: el peligro de una falacia racionalista», en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n.º 19, Alicante: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, pp. 201-228.

[17] Tesis P./J. 80/2004 de la Novena Época, emitida por el Pleno de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la p. 1122 del tomo XX, correspondiente a septiembre de 2004 del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que a la letra dice (se añaden énfasis): «DIVISIÓN DE PODERES. PARA EVITAR LA VULNERACIÓN A ESTE PRINCIPIO EXISTEN PROHIBICIONES IMPLÍCITAS REFERIDAS A LA NO INTROMISIÓN, A LA NO DEPENDENCIA Y A LA NO SUBORDINACIÓN ENTRE LOS PODERES PÚBLICOS DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS. El art. 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prescribe implícitamente tres mandatos prohibitivos dirigidos a los poderes públicos de las entidades federativas, para que respeten el principio de división de poderes, a saber: a) **a**

d) **Lógicas paraconsistentes.** Estas lógicas pretenden construir sistemas que permitan manejar informaciones o proposiciones contradictorias. A decir de ATIENZA, es ellas rige el «principio de Duns Scoto» según el cual de una contradicción se sigue cualquier cosa. Si se aplicara al sistema jurídico, cualquier contradicción entre normas permitiría inferir cualquier otra norma o proposición normativa. En esas lógicas se construyen cálculos lógicos que no aceptan el principio referido, sino que más bien permitan efectuar deducciones con enunciados contradictorios, sin que se derive cualquier proposición [18].

e) **Esquemas inductivos.** Se trata de esquemas argumentativos en los que no puede demostrarse la verdad de sus conclusiones como consecuencias necesarias de sus premisas, sino que sólo pretenden apoyarlas como probablemente verdaderas [19]. Este tipo de argumentos se llaman de manera genérica inductivos, aunque es más correcto llamarlos no deductivos. Entre ellos se encuentra la analogía.

f) **Abducción o retroducción.** Se trata de un razonamiento a partir del cual se trata de inferir un hecho particular a partir de otro hecho que se conoce y de una regla (universal o probabilística) que se supone correcta. La conclusión que se obtiene no es necesariamente verdadera, sino que sólo se trata de una convicción que puede ser más o menos razonable [20].

Pablo Raúl BONORINO ha señalado que, a partir de las diversas definiciones que de este tipo de esquemas hace Charles SANDERS PIERCE —considerado uno de los autores más influyentes en el tema de la abducción—, se pueden tener como características definitorias de la abducción las siguientes: «i) es el proceso de formar una hipótesis explicativa; ii) es la única operación lógica que introduce un nuevo conocimiento; iii) parte de los hechos con la sensación de que los mismos pueden explicarse mediante una teoría; iv) consiste en la búsqueda de esa teoría, la que es sugerida por la consideración de los hechos» [21].

* * *

---

la no intromisión, b) **a la no dependencia y** c) **a la no subordinación** de cualquiera de los poderes con respecto a los otros. La intromisión es el grado más leve de violación al principio de división de poderes, pues se actualiza cuando uno de los poderes se inmiscuye o interfiere en una cuestión propia de otro, sin que de ello resulte una afectación determinante en la toma de decisiones o que genere sumisión. La dependencia conforma el siguiente nivel de violación al citado principio, y representa un grado mayor de vulneración, puesto que implica que un poder impida a otro, de forma antijurídica, que tome decisiones o actúe de manera autónoma. La subordinación se traduce en el más grave nivel de violación al principio de división de poderes, ya que no sólo implica que un poder no pueda tomar autónomamente sus decisiones, sino que además debe someterse a la voluntad del poder subordinante; la diferencia con la dependencia es que mientras en ésta el poder dependiente puede optar por evitar la imposición por parte de otro poder, en la subordinación el poder subordinante no permite al subordinado un curso de acción distinto al que le prescribe. En ese sentido, estos conceptos son grados de la misma violación, por lo que la más grave lleva implícita la anterior». Controversia constitucional 35/2000. Poder Judicial del Estado de Aguascalientes. 22 de junio de 2004. Unanimidad de nueve votos. Ausente: Mariano Azuela Güitrón. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretarios: Pedro Alberto Nava Malagón y Roberto Lara Chagoyán.

[18] Véase ATIENZA, 2006: pp. 137 y ss.

[19] *Cfr.* COPI; IRVING, M., y COHEN, C., 2001: *Introducción a la Lógica,* México: Limusa, 2001, pp. 443 y 444.

[20] *Cfr.* GONZÁLEZ LAGIER, D., 2005: *Quaestio Facti. Ensayos sobre prueba, causalidad y acción,* Lima-Bogotá: Palestra-Temis, p. 70.

[21] BONORINO, P. R., 1993: «Sobre la abducción», en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho,* n.º 14, Alicante: Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante, p. 218. En este artículo puede

Sin desconocer, pues, que existen estas lógicas modernas o no clásicas, no dejamos de reconocer, como hace la teoría contemporánea de la argumentación jurídica, que la lógica clásica sigue teniendo un papel fundamental en los esquemas argumentativos del Derecho. Lo que me perece importante subrayar es que la lógica tradicional no juega ya ese papel estrictamente silogístico del modelo aristotélico. Respecto al papel que juega actualmente la lógica formal en matera jurídica, recojo algunas ideas de Manuel ATIENZA.

Este autor considera que los análisis lógico-formales y los relativos a otros tipos de esquemas de razonamiento no son incompatibles. ATIENZA ve a la lógica informal como complemento de la lógica formal y no como una alternativa a ésta. Para él, la lógica formal es el núcleo de la concepción o de la perspectiva formal de la argumentación, pero ella es sólo una de las perspectivas desde las que pueden considerarse los argumentos; existen también la concepción material y la pragmática[22].

Existen, puede decirse, dos grandes universos: el de los defensores a ultranza de la lógica (llamados por ATIENZA imperialistas de la lógica) y el de los partidarios del antilogicismo. Los primeros sostienen que la argumentación jurídica es exclusivamente de carácter deductivo formal. En palabras del autor, «...se trataría del formalismo jurídico que reduce toda la argumentación jurídica al silogismo judicial de carácter subsuntivo»[23]. Los representantes de las tesis antilogicistas afirman que la lógica formal no ocupa ningún lugar en el razonamiento jurídico. ATIENZA considera que contra lo que hay que estar no es contra la lógica, sino contra sus pretensiones imperialistas.

Para este autor, las contribuciones más importantes de la lógica a la argumentación jurídica consisten en lo siguiente:

> «1. Ofrecer esquemas, formas de argumentación, que ayudan a ordenar los argumentos y a dar, cuando menos, una primera idea de su posible validez. Eso tiene importancia no sólo cuando se trata de analizar o evaluar un argumento, sino también cuando se tiene que construir un argumento. El conocimiento de la lógica da claridad a la argumentación.
>
> 2. Suministrar una ayuda importante para la interpretación y la conceptualización. La lógica proporciona un lenguaje —formal— al que traducir los argumentos del lenguaje natural y permite, por ello, darse cuenta de que un mismo argumento (o fragmento lingüístico) expresado en un lenguaje natural puede ser formalizado (interpretado) de diversas maneras. Obviamente, la lógica no resuelve el problema de interpretación, pero ayuda a ver dónde está el problema. Por ello también (porque ayuda a detectar imprecisiones —y a evitarlas—) es un poderoso instrumento para la redacción de textos jurídicos: ¡la forma tiene mucho que ver con el contenido!
>
> Y por lo que hace a la conceptualización, dado que un concepto viene a ser el significado, el contenido, de una proposición, comprender un concepto viene a equivaler a ser capaz de mostrar —y hacer explícito— lo que se sigue y lo que no se sigue de esa proposición; un concepto es algo así como un "nudo" de una red inferencial.
>
> 3. Proporcionar un criterio para el control de los argumentos. La lógica —al menos, la lógica deductiva clásica— no se ocupa de la actividad, del proceso, de la argumentación, sino del resultado, del producto; pero eso no la priva de interés. La lógica no refleja cómo

---

encontrarse un interesante estudio sobre el tema de la abducción aplicada al Derecho. Véase también: SCHUM, D. A.: «Species of Abductive Reasoning in Fact Investigation in Law», en *Cardozo Law Review,* n.º 22.

[22] Véase ATIENZA, 2006: pp. 176 y 177.

[23] ATIENZA, 2006: p. 178.

de hecho argumentamos, pero nos da moldes con los que reconstruir esa argumentación, una vez que ha tenido lugar (y moldes que nuestros argumentos pueden seguir). Desde el punto de vista de la lógica deductiva, la mayor parte de los argumentos que efectuamos en la vida cotidiana (y en el Derecho) son entimemáticos, esto es, no explicitan todas sus premisas. La lógica deductiva es un método para hallar las premisas que faltan y, en consecuencia, para controlar la calidad de los argumentos, pues nos lleva a plantearnos la cuestión de hasta qué punto esas premisas implícitas son o no aceptables»[24].

3. SOBRE LOS REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIR LOS CRITERIOS IMPLÍCITOS

Considero que este tipo de contradicciones de tesis —las que contienen al menos un criterio implícito— deben cumplir con los siguientes requisitos:

3.1. Cumplir con las exigencias formales del entimema. Entre las diversas maneras que existen para definir al entimema, emplearé aquí la más conocida, esto es, la que suele utilizarse por los lógicos[25]. Un entimema es un razonamiento correcto pero que no muestra alguna premisa. Ésta (la premisa omitida) fácilmente se puede deducir del razonamiento mismo. Por ello se dice que en los entimemas las premisas existen, pero no se mencionan expresamente.

Según Irving M. COPI y Carl COHEN, el uso de expresiones entimemáticas tanto en el discurso cotidiano como en la ciencia se debe a que una gran cantidad de proposiciones se pueden presumir del conocimiento común y, gracias a su uso, se evitan problemas, dado que no es necesario repetir lugares comunes y frases hechas que los oyentes o lectores pueden perfectamente aportar. Incluso, los autores hablan de una conveniencia retórica en su uso: «...no es raro que un argumento sea retóricamente más poderoso y persuasivo cuando se enuncia entimemáticamente que cuando se enuncia con su detalle. Como escribió ARISTÓTELES en su *Retórica,* "los discursos que... descansan en entimemas despiertan los más entusiastas aplausos"»[26].

De acuerdo con la parte del silogismo que se deja sin expresar, existen varios tipos de entimemas: un entimema de *primer orden* es aquel en el que no se enuncia la premisa mayor del silogismo:

1) *Pedro nació en México.*
2) *Por lo tanto, Pedro es un ciudadano mexicano.*

---

[24] ATIENZA, 2006: pp. 179 y 180.

[25] Como señala FERRATER MORA, el término entimema se ha empleado desde ARISTÓTELES con diversos significados; William HAMILTON —dice— distingue entre diecisiete acepciones del término. Conviene hacer alguna referencia de algunas de las acepciones más comunes. 1) Según ARISTÓTELES, el entimema es un silogismo basado en semejanzas o signos que pueden ser entendidos de tres modos de acuerdo con la posición del término medio en las figuras. 2) Por otro lado, el entimema expresa —también según ARISTÓTELES— la demostración de un orador y constituye la más efectiva de las maneras de demostración; es decir, el entimema es una clase de silogismo: el silogismo retórico. 3) Para algunos autores las dos definiciones de ARISTÓTELES coinciden, por lo que lo importante en el entimema es el que sea un razonamiento cuyas premisas son meramente probables o constituyen simplemente ejemplos. 4) Por otro lado, en términos lógicos, un entimema es un silogismo formulado en forma incompleta, por no ser expresada una de las premisas o la colnclusión. *Cfr.* FERRATER MORA, 1997: *Diccionario de Filosofía,* Madrid: Alianza Editorial, pp. 242 y 243.

[26] *Cfr.* COPI y COHEN, 2001: p. 294.

La premisa omitida es la mayor en el silogismo anterior: *Todos los nacidos en México son ciudadanos mexicanos.*

Un entimema de *segundo orden* es aquel en el que se suprime la premisa menor:

1) *Todos los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación son licenciados en Derecho.*
2) *Por lo tanto, el Presidente de la Segunda Sala es licenciado en Derecho.*

La premisa omitida —pero existente— en el anterior razonamiento es: *El Presidente de la Segunda Sala es Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.*

Un entimema de *tercer orden* es uno en el cual se enuncian ambas premisas pero se suprime la conclusión. Un ejemplo de este tipo es el siguiente:

1) *Ningún verdadero cristiano es vano, pero* 2) *algunos clérigos son vanos.*

La conclusión omitida sería: 3) *Por lo tanto, algunos clérigos no son verdaderos cristianos*[27].

En todos estos casos, el hecho de que no se mencione la proposición omitida (como premisa mayor, menor o conclusión) no implica que ésta no exista, pues fácil y necesariamente se puede deducir de la relación entre la premisa mayor y la conclusión.

Hasta aquí todo parece claro; sin embargo, es sumamente importante vigilar que en el proceso de construcción del entimema no se cometan errores formales que provoquen la invalidez del argumento.

En el caso de las contradicciones de tesis basadas en criterios implícitos es necesario que éste no contenga un **razonamiento deficiente** en el que no resulte obvio cuál sea la premisa omitida o no expresada, es decir, es importante vigilar que no se trate de entimemas inválidos. Ejemplo:

1) *Todos los tlaxcaltecas son mexicanos.*
2) *Por lo tanto, Pedro es tlaxcalteca.*

La premisa omitida sería: *Pedro es mexicano.*

Debido a que aquí se comete la falacia de la afirmación del consecuente, no se sabe si Pedro es o no tlaxcalteca, pues puede ser mexicano pero no necesariamente tlaxcalteca.

Retomando el ejemplo referido a los entimemas de tercer orden, citado líneas arriba, podemos demostrar, con un error en la conclusión, que el argumento puede ser inválido:

1) *Ningún verdadero cristiano es vano, pero* 2) *algunos clérigos son vanos.*

Si alguien concluye que «algunos cristianos verdaderos no son clérigos», entonces este entimema es inválido, pues comete la falacia de proceso ilícito del término mayor.

Es, pues, importante distinguir entre entimema válido e inválido. Según Irving M. COPI y Carl COHEN, un argumento que se enuncia (de manera incompleta) de tal forma

---

[27] El ejemplo es de COPI y COHEN, 2001: p. 295.

que una parte de él se da por entendida se llama **entimema**[28]. No se trata de un razonamiento incompleto en sí mismo; lo incompleto se predica solamente de una parte de su expresión o enunciación. En cambio, existen razonamientos que son propiamente incompletos, esto es, no sólo su expresión es incompleta sino que realmente les falta un tramo en su construcción. Este tipo de argumentos, genuinamente incompletos, suelen presentarse falazmente como si fueran entimemas. Para poder identificar cuándo se está ante un entimema válido y cuándo ante un argumento inválido con apariencia de entimema, los autores mencionados hablan de dos pasos:

I. Primer paso. Consiste en proporcionar las partes faltantes del argumento. Para ello, es necesario, en primer lugar, identificar de qué orden es el entimema y, en segundo, expresar la proposición faltante, ya sea la premisa mayor, la menor o la conclusión.

Si no se cumple con este requisito se puede llegar a construir un falso entimema. Se puede dar por supuesta una proposición que en realidad no es la que realmente se omitió en la formulación del argumento y así cometer un error. Por ello, cuando el operador jurídico se encuentra ante un criterio implícito, es sumamente importante que entienda qué parte del argumento está siendo omitida, es decir, si se trata de un entimema de primer, segundo o tercer orden y, por otro lado, resulta altamente conveniente que ensaye la proposición faltante para tener de manera completa —ya no entimemática— el argumento y pasar a comprobar su validez.

II. Segundo paso. Consiste en probar el silogismo resultante. Para ello es importante comprobar que en su construcción no se cometan falacias formales, esto es, que se cumplan las reglas del silogismo. Para ello, basta con que se observen las siguientes reglas:

a) Todo silogismo tiene que tener tres términos, ni más ni menos: el término mayor, el término menor y el término medio. Cada término debe tener el mismo significado y la misma suposición en sus dos usos. Si no se utilizan los términos de esta manera, se comete la falacia de los cuatro términos. Con esta regla queda prohibido el empleo de palabras equívocas.

b) Cualquier término que está distribuido en la conclusión tiene que estar distribuido en las premisas. Las premisas son la causa de la conclusión. Como cualquier efecto, la conclusión no puede contener más de lo que contiene la causa, ya que ningún efecto es mayor que su causa. Si un término fuera distribuido (o sea, utilizado universalmente) en la conclusión pero indistribuido (o sea, utilizado particularmente) en la premisa, entonces el efecto sería mayor que su causa, lo cual es imposible. La falacia que podría cometerse si no se respeta esta regla estriba en tener más en la conclusión que en las premisas.

c) El término medio debe estar distribuido al menos una vez. No se puede establecer una relación entre el término mayor y el término menor en la conclusión a menos que el término medio esté distribuido por lo menos una vez. Si no se puede establecer una identificación del término medio con cada uno de los otros términos, no seguiría ninguna conclusión.

---

[28] COPI y COHEN, 2001: pp. 295-299.

d) De dos premisas negativas, nada se sigue. Si ambas premisas son negativas, ambas niegan una identidad entre sus términos y el término medio. No podemos averiguar si el término mayor y el menor están relacionados de alguna manera o no. Podría pensarse que de dos premisas negativas podría seguirse una conclusión negativa, pero no se puede probar nada. Para llegar a una conclusión negativa, cuya verdad es demostrado por las premisas, hay que utilizar una premisa afirmativa.

e) La conclusión siempre sigue la parte más débil. Esta regla indica que la conclusión no puede ser más fuerte que las premisas. Así, cualquier debilidad en las premisas tiene que reflejarse en la conclusión, que sigue como efecto de las premisas. Lo "débil" de una proposición se predica de su aspecto cuantitativo y de su aspecto cualitativo. En el primer caso, una proposición particular es más débil que una universal porque pretende decir menos; mientras que, en el segundo caso, una proposición negativa es más débil que una proposición afirmativa, porque lo único que predica es el no ser.

Hasta aquí las reglas. Tomar en cuenta lo anterior, no es un problema menor. Los argumentos entimemáticos suelen ser criticados porque, por su estructura, se presentan como vulnerables ante la detección de falacias.

COPI y COHEN señalan que la objeción más demoledora en contra de los entimemas consiste en mostrar que ninguna premisa, no importa cuán inverosímil sea, puede convertir el entimema en un silogismo categórico válido [29].

Como se vio, para determinar si un entimema es o no válido no se requiere nada más que las reglas de la lógica formal. No hay, pues, una «lógica de los entimemas». Dicen los autores citados que la validez lógica de los entimemas se pone a prueba con los mismos métodos que se aplican a los silogismos categóricos que de forma estándar y que la diferencia entre entimemas y silogismos es retórica más que lógica [30].

3.2. El segundo requisito para determinar si un criterio es implícito o no es vigilar que se trate de una sola línea argumentativa, ya que a partir de ciertas premisas dadas se pueden construir varios razonamientos entimemáticos. El operador jurídico ha de tener bien claro a qué argumento se está refiriendo con el entimema. Veamos ejemplos de razonamiento completo, de ese mismo razonamiento convertido en un entimema y de un entimema ajeno al argumento inicial:

Argumento completo:

1) *Todos los mamíferos son animales.*
2) *El gato es mamífero.*
3) *Por lo tanto, el gato es animal.*

El entimema sería:

1) *Todos los mamíferos son animales.*
2) *Por lo tanto, el gato es animal.*

El entimema que se construye a partir de un elemento del razonamiento inicial, pero que se aparta de la línea argumentativa, sería el siguiente:

---

[29] COPI y COHEN, 2001: p. 296.
[30] COPI y COHEN, 2001.

Como todos los mamíferos son animales, entonces los mamíferos son seres vivos.

Es decir, el operador jurídico, a partir del criterio que se presenta como implícito, debe buscar cuál fue la proposición omitida y reconstruir el argumento como se señaló en el apartado anterior, pero sin perder de vista el argumento central.

4. ASPECTOS FORMALES Y MATERIALES EN LAS CONTRADICCIONES DE TESIS

Finalmente, me parece conveniente hacer algunos comentarios con respecto a la forma de proceder de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver contradicciones de tesis.

Por lo general, este tipo de asuntos se resuelven a partir de criterios como el siguiente:

> «**Contradicción de tesis de tribunales colegiados de circuito. Requisitos para su existencia.** De conformidad con lo que establecen los arts. 107, fracción XIII, primer párrafo de la Constitución Federal y 197-A de la Ley de Amparo, cuando los Tribunales Colegiados de circuito sustenten tesis contradictorias en los juicios de amparo de su competencia, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia o de la Sala que corresponda deben decidir cuál tesis ha de prevalecer. Ahora bien, se entiende que existen tesis contradictorias cuando concurren los siguientes supuestos: *a)* Que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes. *b)* Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas. *c)* Que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos»[31].

Los requisitos mencionados en el criterio señalado, a mi juicio, no aclaran suficientemente los pasos que se tienen que dar para comprobar si una contradicción existe o no. Como puede verse, el inciso *a)* no se diferencia esencialmente del inciso *c),* pues «que se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales» es equivalente a «que los distintos criterios provengan del examen de los mismos elementos». Así las cosas, la tesis se reduce en realidad a dos condiciones:

1) Que al resolver los negocios jurídicos se examinen cuestiones jurídicas esencialmente iguales y se adopten posiciones o criterios jurídicos discrepantes.
2) Que la diferencia de criterios se presente en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas.

Considero que estos requisitos pasan por alto el aspecto lógico (aquí sí, lógico formal) inherente a toda contradicción, no sólo de criterios jurídicos sino en general de cualquier tipo de afirmación. No sostengo, sin embargo, que el aspecto lógico tenga que ser visto como una condición necesaria y suficiente, pues ciertamente el empleo de la lógica formal como único método para resolver problemas jurídicos es una cuestión superada. Pero lo que sí considero es que, como resolutores de contradicciones

---

[31] Tesis 4a./J. 22/92, de la Octava Época, emitida por le Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultable en la p. 22, del t. 58, correspondiente a octubre de 1992, de la *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación.*

de tesis, los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación no podemos descuidar ese aspecto formal.

Así, el primer paso que, a mi juicio, debe darse a la hora de resolver una contradicción de tesis es comprobar que el tipo de oposición lógica existente entre los criterios permita comprobar que lo que uno de ellos afirma acerca de un mismo problema, el otro lo niegue, ya que, según el principio lógico de contradicción, dos enunciados referidos al mismo problema, y que sean contradictorios entre sí, no pueden afirmar y negar el mismo contenido. Debe tratarse, pues, de criterios excluyentes.

Una vez agotado el aspecto formal, es necesario verificar que las posiciones opuestas se susciten en un mismo plano de análisis, es decir, comprobar que cuando se hayan resuelto cada uno de los asuntos, se hayan examinado cuestiones jurídicas esencialmente iguales, y que se hayan adoptado criterios discrepantes. Lo anterior significa que no basta atender a la conclusión de los razonamientos, sino que es necesario tener en cuenta las circunstancias fácticas y jurídicas que llevaron a los respectivos tribunales a asumir su criterio.

Asimismo, al estudiar las circunstancias aludidas se debe distinguir entre las que sirven de fundamento de los criterios emitidos y aquellas que sólo aparentemente lo sean.

En suma, se actualiza la contradicción de tesis cuando concurren las siguientes condiciones:

a) Los criterios deben ser, en términos lógicos, efectivamente contradictorios, es decir, que sea posible comprobar que lo que uno de ellos afirme acerca de un mismo problema, el otro lo niegue.

b) Las cuestiones jurídicas planteadas deben ser esencialmente iguales, es decir, deben provenir del examen de los mismos elementos, habiéndose adoptado criterios discrepantes.

c) La diferencia de criterios debe presentarse en las consideraciones, razonamientos o interpretaciones jurídicas de las sentencias respectivas.

Como puede verse, el primer requisito se refiere al aspecto lógico y los otros dos a los aspectos materiales de la contradicción. Uno y otros aspectos resultan indispensables para poder detectar adecuadamente una genuina contradicción, esto es, una oposición lógica en la que los enunciados que se confrontan contienen juicios excluyentes entre sí.

Considero que utilizando este método podría ahorrarse una gran cantidad de trabajo, dado que ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación se somete una gran cantidad de casos de contradicción que en realidad no lo son.

Termino con el planteamiento de un problema adicional: ¿qué se entiende por "cuestión jurídica"? Lo primero es señalar que se trata de un concepto vago. Por el mismo puede entenderse, por lo menos: 1) la interpretación de un precepto normativo en sentido abstracto (norma en relación con una clase de hechos); 2) la interpretación de un precepto normativo en sentido concreto (norma con relación a un hecho concreto); 3) la interpretación —concreta o abstracta— de cuestiones que no tienen la entidad de normas jurídicas pero que pertenecen al sistema, tales como las definiciones legales, los nombramientos, las declaraciones legales o la jurisprudencia; 4) un

hecho cualquiera que se presenta como problema ante la instancia jurisdiccional para ser resuelto "desde el Derecho"; y finalmente, 5) el esclarecimiento de un concepto indeterminado o esencialmente controvertido, con independencia de que se encuentre en una disposición, definición o hecho.

Considero que en cada contradicción de tesis debe determinarse de qué tipo de cuestión jurídica se trata, pues puede tratarse de más de uno de los supuestos señalados, con excepción de la primera, pues ese tipo de análisis corresponden más al campo del control abstracto de la constitución (acciones de inconstitucionalidad), la dogmática jurídica o a la política legislativa, y no a la contradicción de tesis.

DIEZ CONSEJOS PARA ARGUMENTAR BIEN O DECÁLOGO DEL BUEN ARGUMENTADOR

Manuel Atienza

Universidad de Alicante

RESUMEN. Las reglas de la buena argumentación recogidas en este breve texto son tanto de carácter técnico como ético.

Palabras clave: argumentación; reglas de la argumentación.

ABSTRACT. The rules of a good argumentation which are exposed in this brief text have not only a technical but also an ethical character.

Keywords. Argumentation, rule of argumentation.

1. El mejor consejo que puede darse a quien desee argumentar bien en el Derecho o en cualquier otro ámbito es prepararse bien. Picasso decía que la inspiración existe pero tiene que pillarte trabajando. De manera semejante, la habilidad dialéctica, argumentativa, existe, pero tiene que pillarte preparado, conocedor del fondo del asunto. No se puede argumentar bien jurídicamente sin un buen conocimiento del Derecho, de los materiales jurídicos, y de la teoría del Derecho, de los instrumentos adecuados para manejar aquellos materiales.

2. Hay aspectos comunes a cualquier tipo de argumentación, pero también rasgos peculiares de cada campo, de cada tipo de debate. Por ejemplo, lo que es apropiado para una conferencia (la exposición por extenso de una tesis) no lo es para el que participa en una mesa redonda: una buena presentación de la tesis que se desea defender en ese tipo de debate no tiene por qué ser una "miniconferencia"; lo importante aquí no es efectuar una exposición completa, exhaustiva, sino más bien clara, razonablemente informativa, que estimule la discusión y prepare de alguna forma para, al final, persuadir al auditorio.

3. No se argumenta mejor por decir muchas veces lo mismo, ni por expresar con muchas palabras lo que podría decirse con muchas menos. La amplitud excesiva del discurso aumenta las probabilidades de cometer errores y corre el grave riesgo de provocar hastío en el oyente.

4. En una discusión, en un debate racional, esforzarse porque el otro tenga razón —como alguna vez propuso Borges— parece demasiado. Pero esforzarse por entender bien lo que el otro ha dicho es una exigencia moral —en el sentido amplio de la expresión— que resulta además bastante útil como recurso retórico o dialéctico: hace más difícil que podamos ser refutados (por ejemplo, con un «yo no he dicho eso») y aumenta las probabilidades de que nuestros contendientes estén también dispuestos a entendernos bien.

5. Cuando se argumenta en defensa de una tesis, no estar dispuesto a conceder nunca nada al adversario es una estrategia incorrecta y equivocada. Hace difícil o imposible que la discusión pueda proseguir y muestra en quien adopta esa actitud un rasgo de carácter, la tozudez, que casi nadie aprecia en los demás. No es, por tanto, un buen camino para lograr la persuasión.

6. Cuando se argumenta con otro, uno puede tener la impresión de que los argumentos de la parte contraria funcionan como una muralla contra la que chocan una y otra vez nuestras razones. Por eso, una vez probada la solidez de esa defensa, lo más aconsejable es ver si uno puede tomar la fortaleza intentando otra vía. Esa maniobra debe hacerse sin desviar la cuestión. O sea, no se trata de disparar torcido, sino de disparar desde otro lado, cambiando la posición.

7. La argumentación no está reñida con el sentido del humor, pero sí con la pérdida del sentido de la medida. Hay ocasiones en que no es apropiado hablar en broma (por ejemplo, del holocausto, del genocidio de un régimen militar...) y hay bromas y bromas. Para distinguir unas de otras, el mecanismo más simple y efectivo consiste en ponerse en el lugar del que tiene que soportar la broma.

8. No se argumenta bien por hacer muchas referencias a palabras prestigiosas, autores de moda, etc. Lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan:

la calidad y fortaleza de esas razones son responsabilidad exclusiva del que argumenta.

9. Frente a la tendencia, natural quizás en algunas culturas, a irse por las ramas no cabe otro remedio que insistir una y otra vez en ir al punto, en fijar cuidadosamente la cuestión.

10. En cada ocasión, hay muchas maneras de argumentar mal y quizás más de una de hacerlo bien. Este (ligero) apartamiento de la regla de la multiplicidad del error y la unicidad de la verdad se debe a que en la argumentación las cuestiones de estilo son importantes. Como ocurre con los autores literarios, cada persona que argumenta tiene su estilo propio y es él el que ha de esforzarse, primero, por encontrarlo, y luego, por elaborarlo.

ENTREVISTA

ENTREVISTA A NEIL MACCORMICK

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Manuel Atienza: *Para empezar, me gustaría conocer algunos datos autobiográficos. ¿Dónde estudiaste Derecho?*

Neil MacCormick: Fui a la Universidad de Glasgow desde 1959 a 1963 y me gradué como M.A. con honores en filosofía y en literatura. Gané entonces una beca para continuar mis estudios, entre 1963 y 1965, en el Balliol College, en la Universidad de Oxford, donde obtuve una graduación en Derecho (B.A. en *Jurisprudence*).

M.A.: *¿Cómo eran entonces las universidades inglesas (o británicas)?*

N.M.: La filosofía en las universidades escocesas, particularmente en Glasgow, no estaba aún bajo la influencia de «la filosofía del lenguaje ordinario». Mi interés en la filosofía práctica se centraba particularmente en las ideas neokantianas de W. D. LAMONT, en Deontología tal y como la defendía W. G. MACLAGAN y W. D. ROSS, y en los moralistas británicos del XVIII como HUME, BUTLER, Adam SMITH y Thomas REID. También empecé a leer la filosofía moral de R. M. HARE, que conectaba bien con mis intereses kantianos, y encontré los escritos de J. L. AUSTIN sobre *Sense and Sensibilia* y otros temas enormemente estimulantes. Estábamos expuestos también a ciertas dosis de WITTGENSTEIN, pero nunca me sentí atraído por su manera de escribir y de pensar. También existía un considerable interés hacia John Stuart MILL y el utilitarismo inglés.

En Oxford, aprendí mucho de Derecho inglés y de Derecho romano, pero en particular recibí la influencia de H. L. A. HART, entonces catedrático de *Jurisprudence*. Fui a sus clases (sobre derechos y deberes y sobre KELSEN) y leí *El concepto de Derecho*. Por entonces, mi intención era volver a Escocia y dedicarme al ejercicio del Derecho en Edimburgo, de manera que cuando se me ofreció un puesto de profesor en St Andrews University (en el Queen's College, en Dundee) lo acepté como un medio para un fin.

M.A.: *¿Han cambiado mucho las universidades británicas en las últimas décadas?*

N.M.: Las universidades se han hecho más grandes y han tratado de volverse más inclusivas socialmente. La organización de la enseñanza está más altamente formalizada de lo que solía, pero todavía hay un buen contacto entre el *staff* de los profesores, incluidos los catedráticos *seniors,* y los estudiantes de grado. Todos tenemos ahora ordenadores y esto transforma mucho la vida de un profesor. El gobierno nos obliga a mirar demasiado hacia objetivos vinculados con una investigación productiva, lo que supone demasiado esfuerzo mecánico. Pero, en su conjunto, las cosas que han cambiado, han cambiado, en mi opinión, básicamente para mejor.

M.A.: *¿Quiénes fueron tus maestros?*

N.M.: William LAMONT, profesor adjunto de filosofía moral, en la Universidad de Glasgow; Robin DOWNIE, posteriormente profesor de filosofía moral en la Universidad de Glasgow; J. J. RUSSELL, posteriormente profesor de filosofía en la Universidad de Kansas Howard Horsburgh. Después, en Oxford: D. R. HARRIS (posteriormente director del *Center for Socio-Legal Studies,* en la universidad de Oxford); W. A. J. [Alan] WATSON, y H. L. A. HART.

M.A.: *¿Por qué te interesaste en la filosofía del Derecho?*

N.M.: Porque estaba fascinado con la filosofía, pero quería dedicarme a la práctica del Derecho. Cuando se me presentaron en el camino oportunidades para lograr un puesto académico, primero en Dundee, luego en Oxford y finalmente la Regius Chair en Edimburgo, decidí que la filosofía del Derecho era, después de todo, la vocación de mi vida. Nunca lo he lamentado.

M.A.: *Me gustaría saber más detalles de tu relación con HART.*

N.M.: Cuando obtuve el puesto de Fellow del Balliol College, en 1967, lo veía con cierto temor reverencial, como un gigante de mi campo de estudios, cuya obra encontraba muy convincente. Había ido a sus clases, pero nunca había tenido una relación personal con él. Me dispensó una bienvenida amistosa, como colega más joven dedicado también a la filosofía del Derecho, y a su debido tiempo trabajé con él en algunas cuestiones referidas a la Oxford Union Society, de la que él era uno de los administradores y yo fui durante cierto tiempo tesorero suplente.

Con John FINNIS y Richard BUXTON fui el responsable de un seminario de posgrado (dirigido a candidatos para el BCL y también para estudiantes de doctorado) sobre algunos textos seleccionados de teoría general del Derecho. HART asistía a ellos regularmente, como en su momento hicieron Joseph RAZ y Ronald DWORKIN. HART se retiró de su cátedra de teoría general del Derecho (*Jurisprudence*) muy al comienzo de mi estancia en Oxford, y el nombramiento, bastante sorprendente, de Ronald DWORKIN tuvo lugar al final de mi primer año.

En la habitación de HART en el University College, y luego en la de Jonh FINNIS y más tarde en la de Ronald DWORKIN, se reunía un grupo de discusión que incluía a todos los anteriormente nombrados más Gareth EVANS, Brian SIMPSON, David BENTLEY, Philip LEWIS, Jean FLOUD y ocasionalmente visitantes como Adam PODGORECKI, Philippe NONET, Philip SELZNICK y Harry FRANKFURT. Mantuve la conexión después de mi marcha a Edimburgo, en 1972, pero inevitablemente el contacto se fue debilitando con el tiempo.

Escribí mi propio libro sobre HART en Edimburgo, en 1979-80, y se publicó en 1981 como el primero de la colección "Juristas" editada por William TWINING. Era un intento de exponer y valorar de manera breve sus contribuciones académicas, consideradas a la luz de las informaciones biográficas básicas que parecían necesarias para poner la obra jurídica en su contexto.

Hasta entonces, la mayor parte de mis propios escritos y de mis enseñanzas habían tenido lugar dentro del paradigma hartiano, y mi conclusión en el libro consistía en

gran medida en un amplio acuerdo con la obra de HART, tal y como yo la interpretaba. Posteriormente, resultó claro que mi interpretación situaba a HART mucho más cerca de la tradición del "Derecho natural" de lo que él deseaba. Sus últimos años y el postcripto póstumo a *El Concepto de Derecho* (en la segunda edición) estuvieron marcados por una adhesión aún más firme que antes al positivismo inclusivo.

Al libro sobre "HART" le había precedido mi *Legal Reasoning and Legal Theory,* de 1978, en el que yo, en efecto, trataba de presentar una teoría comprehensiva del razonamiento jurídico que en parte estaba basada en, y que en todos sus aspectos era compatible con, la teoría general del Derecho de *El Concepto de Derecho.* Se publicó en la colección Clarendon que editaba HART, y él me hizo comentarios editoriales muy útiles.

En los primeros años ochenta yo era considerado, de manera correcta, como un miembro de la misma escuela de pensamiento que HART, de su círculo, aunque con una cierta desviación hacia el reconocimiento de una mayor interpenetración mutua entre el Derecho y la moral, de lo que HART consideraba correcto. A lo largo de todo este tiempo de trabajo hice amistad personal tanto con Herbert HART como (en menor medida) con su mujer Jenifer, pero nunca fuimos amigos íntimos y (por ejemplo) nunca fui uno de los que se juntaban con los HART en su casa de campo en Cornwall.

Como intelectual, era bastante austero y muy crítico al enjuiciar lo que consideraba descuidado o poco reflexivo. A veces me parecía demasiado precipitado en sus juicios y no inclinado a ver la fuerza de los puntos de vista con los que discrepaba. Era un maravilloso y bondadoso, aunque riguroso, crítico de las obras en preparación de los colegas. Pensaba lo suficientemente bien de mí como para apoyar mi nombramiento para la cátedra de Edimburgo en 1972, aunque todavía sólo tenía 31 años de edad. Era una persona bastante tímida, pero afable y amable en el trato con los que eran miembros de su —amplio— círculo de colegas amigos en Oxford y en otros lados. Tenía un ingenio seco y podía ser divertido de una manera acre.

M.A.: *¿Qué te parece la reciente biografía sobre HART de Nicola LACEY? ¿Te ha hecho cambiar de opinión sobre HART en algún sentido?*

N.M.: Admiro el libro de LACEY. Al tiempo que desvela muchos aspectos de su vida privada y de sus ideas que no conocía, confirma más bien que rectifica mi imagen general sobre él y no ha hecho que disminuya mi admiración tanto por HERBERT como por Jenifer HART, sino que en todo caso la ha aumentado. Para mi alivio, he encontrado que el boceto biográfico de mi libro ha resultado ser ampliamente acertado, incluso a la luz de la biografía mucho más penetrante realizada por LACEY.

M.A.: *¿Cuáles son, en tu opinión, los puntos más fuertes y más débiles de la obra de HART?*

N.M.: Acabo de terminar una obra mayor titulada *Instituciones del Derecho* que fija mis posiciones (probablemente) finales en teoría general del Derecho emprendidas desde una perspectiva interpretativo-analítica y prestando la atención debida a los recientes avances en los estudios sociojurídicos. Es, dicho brevemente, mi versión de la teoría institucional del Derecho que WEINBERGER y yo comenzamos a proponer en los ochenta. A la luz de ello, diría lo siguiente:

El aspecto en el que la obra de HART resulta más iluminadora y perdurable se refiere a la necesidad de entender la conducta gobernada por reglas desde el "punto de vista interno". Esto es esencial para desarrollar una teoría clara y convincente de las normas; pero las reglas son sólo un tipo de normas. El análisis del Derecho como la unión de reglas primarias y secundarias, aunque lleno de intuiciones valiosas, es, al final, incompleto e insatisfactorio. Se necesita un nuevo comienzo. Una versión de una "teoría de la norma básica" es más satisfactoria que una teoría de una "regla de reconocimiento" para explicar la unidad de un sistema jurídico en el contexto de un Estado constitucional (*Rechsstaat,* Estado de Derecho). Las instituciones jurídicas se conectan con la política y la economía y tienen carácter fundamental para el Estado y para la sociedad civil. El Derecho penal es una parte esencial de los fundamentos de la paz social y por tanto de la sociedad civil. Todo esto le aleja a uno bastante de la concepción hartiana del Derecho. El Derecho y la moral son de hecho conceptualmente distintos, pero sigue siendo cierto que elementos mínimos de respeto por la justicia son esenciales para el reconocimiento de que un orden normativo tiene carácter "jurídico".

M.A.: *Antes de entrar a comentar algunos aspectos particulares de tu obra, me gustaría que presentaras un panorama general de ella. ¿Podrías señalar cuáles son las aportaciones que consideras de mayor importancia y las circunstancias en que surgieron? ¿Qué evolución ha habido en tu concepción de la teoría del Derecho, después de más de 30 años de actividad intensa?*

N.M.: Mi educación filosófica en Glasgow dejó en mí un interés por cuestiones de lógica y de razonamiento informal. En mi primer nombramiento académico, en 1965-67, en el Queen's College de Dundee (en la Universidad de St. Andrews), mi director allí, el profesor Iam WILLOCK, me pidió que preparase un curso de conferencias sobre lógica y razonamiento jurídico. Conectado con esto hubo un trabajo muy temprano, «Can *Stare Decisis* be Abolished?» (1966, *Juridical Review* 1967). Continué con este interés cuando en 1967 me trasladé a Oxford y, durante los años 1967-72, tuve una controversia con Ronald DWORKIN, en la que asumía la posición de H. L. A. HART en las disputas de entonces acerca del lugar de los principios en el Derecho y en el razonamiento jurídico. El resultado final de ello fue mi *Legal Reasoning and Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 1978, 2.ª ed., 1994).

En Oxford, y de nuevo estimulado por intereses que habían surgido en Glasgow, hice algún trabajo en la teoría de los actos de habla en direcciones que me parecían de considerable importancia para el Derecho y los conceptos jurídicos, todavía estrechamente conectado con mi interés en la obra de HART. Dos contribuciones que muestran este interés son «Voluntary Obligations and Normative Powers» (1972, XLVI, *Aristotelian Supplementary Volume,* pp. 59-78) y «Legal Obligation and the Imperative Fallacy», en *Oxford Essays in Jurisprudente,* 2nd Series [editado por A. W. B. SIMPSON, Oxford Clarendon Press, 1973, pp. 100-130). Ello se conecta directamente con mi teoría de los actos institucionales y por tanto con el tema de mi lección inaugural como profesor en la Universidad de Edimburgo, «Law as institucional» (1973: Edimburgo: Edinburgh University Inaugural Lectura, n.º 52; también publicado en *Law Quaterly Rev* 70 (1974) 102-129).

Durante mis primeros años en Edimburgo estuve muy dedicado a desarrollar un balance completo del razonamiento jurídico. El trabajo principal, antes mencionado,

se publicó en 1978, pero no antes de que hubiese tenido un encuentro con Chaim PERELMAN en una conferencia en Stirling, en 1976, que tuvo una considerable influencia en mi pensamiento y me llevó luego a algunos trabajos publicados por invitación suya[1].

En 1979, en el congreso mundial de la IVR, en Basilea, participé en la misma sesión plenaria que Ota WEINBERGER, de Graz, presentando un trabajo, «On Analytical Jurisprudence», en el que recogía un tema de Peter HACKER relativo al aspecto "hermenéutico" del pensamiento de HART sobre la naturaleza de la conducta guiada por reglas y su "aspecto interno". El encuentro con WEINBERGER llevó a un reconocimiento mutuo de la semejanza de nuestras aproximaciones al carácter "institucional" del Derecho. Esta interacción continuó luego en el mismo año en una conferencia organizada por Aulis AARNIO en Finlandia, más tarde en Edimburgo en una reunión sobre KELSEN de la ALSP, en 1981, y en el congreso mundial de la IVR en Helsinki, en 1983. Todo ello llevó finalmente a la edición conjunta de una serie de ensayos, traducidos al alemán (los míos) y al inglés (los de WEINBERGER), publicados como *Grundlagen des institutionalistischen Rechtspositivismus* (1986) y como *Institucional Theory of Law* (1987).

Otros encuentros significativos en 1979, en el Congreso Mundial, fueron con Robert ALEXY y con Aleksander PECZENIK, junto con Aulis AARNIO. Durante una visita a la Universidad de Saarland en la primavera de 1979, emprendida con el propósito de remediar mi ignorancia del alemán, había descubierto la *Theorie der juristischen Argumentation* de ALEXY y el *Reasoning on Legal Reasoning* de AARNIO. La obra de PECZENIK sobre *Causes and Damages* la descubrí sólo durante el Congreso de Basilea. Resultaba claro para mí, y para mis colegas, que los cuatro convergíamos en cuanto a nuestros intereses acerca del razonamiento jurídico, al tiempo que mostrábamos algunas diferencias características atribuibles a las tradiciones filosóficas de las que procedíamos. En su momento escribí el que creo fue el primer trabajo en inglés que llamaba la atención sobre la obra de ALEXY[2] y sobre su importancia, y posteriormente mi antigua estudiante de doctorado (y querida amiga) Ruth ADLER y yo preparamos una traducción al inglés de la *Theory of Legal Argumentation* (1988); nuestra capacidad para colaborar en traducciones había quedado ya establecida con el trabajo que ya habíamos hecho en las traducciones WEINBERGER/MACCORMICK.

En 1980 apareció el libro de John FINNIS *Natural Law and Natural rights.* Como amigo de John FINNIS, había leído el texto original y hecho algunas sugerencias menores antes de la publicación. Esa obra me causó una gran impresión y me llevó a volver a valorar por completo mi comprensión del "Derecho natural", lo que se ve confirmado en diversos trabajos posteriores[3]. Por ese tiempo también, instigado por Willam TWINING, me había comprometido a escribir el primer volumen de una serie de estu-

---

[1] «Formal Justice and the Form of Legal Arguments», 1976, VI *Études de Logique Juridique,* 103-118; «The Motivation of Judgement in the Common Law», *La motivation des Décisions de Justice,* ed. por Ch. PERELMAN y FORIERS, 1978, Bruselas: Brylant, pp. 167-94; «On Reasonableness», en *Les Notions à Contenu Variable en Droit,* ed. por Ch. PERELMAN, *et al.,* 1984, Bruselas: Bruylant, pp. 233-48.

[2] «Legal Reasoning and Practical Reason», *Midwest Studies in Philosphy* VII (ed. por FRENCH, *et. al.,* Ninneapolis, 1982), pp. 271-286.

[3] Véase en particular «Natural Law and the Separation of Law and Morals», en GEORGE, R. P. (ed.), 1992: *Natural Law Theory* (Oxford: Clarendon Press, pp. 105-33).

dios breves y en parte biográficos de juristas importantes —la serie "Jurists"—. Mi *H. L. A. Hart* se publicó en la primavera de 1981.

Éste ha sido un balance muy bien recibido de los principales elementos de la filosofía jurídica de HART. Como te decía, incluso después de la reciente publicación de la biografía de altos vuelos de Nicola LACEY, *H. L. A. Hart: The Nihtmare and the Noble Dream* (2005), parece que mi libro sobre HART es un balance ampliamente aceptado de la teoría jurídica hartiana. Sin embargo, tal vez bajo la influencia de FINNIS, pero también en direcciones vinculadas con mi formación filosófica escocesa, hizo parecer a HART más iusnaturalista de lo que él (HART) deseaba, como una vez le dijo a William TWINING. En su momento, el nuevo Prefacio a la segunda edición de *The Concept of Law* que se publicó póstumamente mostró cómo HART había fortalecido la línea positivista en su propio pensamiento. Esto iba contra las ideas que yo había sugerido como la línea más atractiva para desarrollar ciertas ideas principales en *The Concept of Law.* Así, la publicación de *H. L. A. Hart* marcó la línea divisoria de mi periodo fuertemente "hartiano" como jurista. Sin despreciar para nada la enorme influencia que su pensamiento y personalidad tuvo sobre mí, empecé desde entonces a desarrollar líneas de pensamiento que divergían cada vez más ampliamente del pensamiento de HART y desde luego de su último pensamiento.

En los últimos años ochenta y en los noventa, mi trabajo sobre razonamiento jurídico, en colaboración con mi íntimo colega y amigo Zenon BANKOWSKI, se concentró cada vez en forma más estrecha en problemas de interpretación considerados de manera comparativa. Eso se desarrolló a través del trabajo del grupo de profesores reunidos inicialmente a iniciativa de Bob SUMMERS, de la Univesidad de Cornell, y más tarde organizado conjuntamente por Bob y por mí, con una considerable aportación de ZENON. El llamado *"Bielefelder Kreis"* (un nombre que derivaba de diversas sesiones de trabajo que tuvieron lugar en el ZiF en Bielefeld a iniciativa de Ralf DREIER) llevaron a la producción de dos interesantes series de ensayos sobre *Interpreting Statutes: A Comparative Study* (1991) e *Interpreting Precedents: A Comparative Study* (1997) (editados por SUMMERS y MACCORMICK).

BANKOWSKI y yo organizamos conjuntamente el Congreso Mundial de la IVR en Edimburgo, en 1989, sobre el tema «Ilustración, derechos y revoluciones», y coeditamos un libro con las ponencias de las sesiones plenarias con el mismo título («Enlightment, Rights and Revolutions») y después del Congreso actuamos como editores principales de una serie de publicaciones sobre temas conexos. En parte era una cuestión de deber hacia los colegas de la IVR, pero expresaba también un interés que había tenido durante mucho tiempo, del que dan prueba muchos escritos, por el pensamiento jurídico, moral y político de la ilustración escocesa, considerado a la luz de sus amplias conexiones internacionales.

Debido en parte a compromisos políticos fuera del mundo académico, en los primeros noventa estaba sumamente interesado en desarrollar ideas acerca de cómo la emergencia y el desarrollo del "nuevo orden jurídico" de las Comunidades Europeas (y ahora de la Unión Europea) desafiaban muchas categorías tradicionales de la teoría del Derecho; de manera muy notable, la de "soberanía". Mi conferencia Chorley de 1992, «Beyond the Sovereign State» (56 *Modern Law Review,* 1-18, 1993) ha resultado ser un punto de partida bastante influyente. En su momento fue seguida por la

publicación de *Questioning Sovereignity: Law, State and Nation in the European Commonwelth* (1999) que incluyó versiones revisadas de diversos trabajos publicados en los años intermedios sobre temas conexos. También incluye el más maduro de mis escritos sobre las ideas de nación y de nacionalismo y la posibilidad del nacionalismo cívico. Entre 1999 y 2003 fui miembro, por Escocia, del Parlamento Europeo y eso incluyó dos años como miembro alterno de la "Convención para el futuro de Europa" presidida por el anterior presidente Giscard d'Estaing, que produjo el borrador de Tratado que establecía una Constitución para Europa. Para mí fue una experiencia práctica de lo más excitante y que conectaba con mi anterior trabajo teórico, sobre el que escribí un breve texto: *Who's Afraid of a European Constitution?* (Exeter: Imprint Academia, 2005).

En 1997, después de un largo periodo en el que tuve tanto que dedicarme a pesados deberes administrativos en la Universidad de Edimburgo como emplear una gran parte de mi tiempo sobrante en actividades políticas, fui tan afortunado como para obtener un Research Professorship del Leverhulme Trust. Eso me permitió dedicar no menos del 80 por 100 de mi tiempo de trabajo a investigar y a escribir, a reunir los diversos cabos de trabajo iusfilosófico en los que había estado ocupado durante los años ochenta y noventa. Mi proyecto se tituló «Derecho, Estado y razón práctica», y preveía la publicación de cuatro libros. *Questioning Sovereignty* fue el primero de ellos. Durante mis cinco años en el Parlamento Europeo sólo pude hacer pequeños progresos, pero el Leverhulme Trust muy generosamente renovó mi beca cuando abandoné el Parlamento en junio de 2004. Desde entonces, *Rhetoric and the Rule of Law: A Theory of Legal Reasoning* (Oxford: Oxford University Press, 2005) ha actualizado completamente mi teoría acerca del razonamiento jurídico. Este libro muestra una evolución hacia bases compartidas con Ronald DWORKIN sobre el problema de "respuestas correctas" objetivas a cuestiones jurídicas disputadas. Próximamente, en enero de 2007, *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (Oxford: Oxford University Press, 2007) actualiza del todo mi versión de la teoría institucional del Derecho. Lo hace en una forma declaradamente postpositivista, desarrollando una aproximación interpretativa a la teoría del Derecho analítica que está completamente en armonía con algunos desarrollos recientes e importantes de la sociología del Derecho y de los estudios socio-jurídicos de carácter más general.

Mi objetivo último es un libro acerca de la razón práctica en la moral y en el Derecho que se publicará hacia mediados del 2009. En él exploraré de una manera completa la posibilidad de la ética discursiva como base para desarrollar objetivamente principios morales que puedan ponerse a prueba y daré cuenta de manera fidedigna de la centralidad de la autonomía o autocontrol para la acción moral y el pensamiento moral. Procuraré analizar la conexión de estos resultados con posiciones bien conocidas de la teoría clásica del Derecho natural. En sus conclusiones, este libro unirá y reconciliará mi aproximación al razonamiento jurídico y mi teoría institucional del Derecho de carácter postpositivista, así como la teoría de la soberanía y del Estado.

M.A.: *¿Cabe entonces hablar de estadios o de etapas en tu obra?*

N.M.: Reducido a estadios, yo diría que los años 1965-81 fue para mí un periodo en el que estuve estrechísimamente vinculado a la obra de HART, como seguidor de la misma, aunque con conexiones independientes que derivaban de otras influencias.

1981-1995 fue un periodo de reconsideración de temas centrales y de firme distanciamiento de HART, especialmente, del último HART. Desde 1995 he efectuado un balance global de mi propio pensamiento maduro, centrado en el institucionalismo postpositivista desarrollado en *Institutions of Law* y que ha de ser reforzado finalmente por mi libro sobre la razón práctica en la moral y en el Derecho.

M.A.: *Verdaderamente es un currículo impresionante que me recuerda, en muchos aspectos, al de* NINO. *Él también estuvo intensamente implicado en política y defendió una concepción amplia del Derecho dirigida a evitar su aislamiento (tanto del Derecho como de la ciencia jurídica) en relación con otros elementos de la razón práctica. Me parece también que, en cuanto a los aspectos de contenido, vuestras obras son muy similares.*

Permite que te formule una pregunta sobre tus ideas políticas. En tu anterior respuesta mencionabas la posibilidad de un "nacionalismo cívico". Como sabes, el nacionalismo está en el centro del debate político en España desde hace muchos años, y mucha gente (incluyendo un cierto número de filósofos del Derecho, de la moral y de la política) piensa que la conexión entre civismo y nacionalismo es imposible o, cuando menos, muy problemática. Los principios de la ética de NINO *tampoco resultan —me parece— fácilmente compatibles con el nacionalismo. Podrías explicar brevemente cuál es tu idea del nacionalismo cívico.*

N.M.: La respuesta a esa pregunta está desarrollada en el capítulo 11 de mi libro *Questioning Sovereignty.* Lo esencial de la misma se encuentra en varios párrafos de las pp. 170 a 183, que te transcribo:

«Para [la idea de "nacionalismo liberal"] la idea de nacionalismo cívico es fuertemente material. El "nacionalismo cívico" identifica la nación en términos de las lealtades compartidas de sus miembros hacia ciertas instituciones cívicas. Éstas se entienden en términos amplios para incluir, por ejemplo, normas e instituciones jurídicas, órganos políticos representativos, ramas de la administración pública y local, la organización de la educación, iglesias y comunidades religiosas en sus aspectos seculares y otras instituciones semejantes que tengan una localización supuestamente territorial a las que referirse. Aquí son relevantes tanto instituciones de la sociedad civil como del Estado. Las instituciones cívicas localizadas territorialmente pueden ser objeto de lealtad, entendidas como "nuestras" por la gente entre la que desarrolla sus funciones. Como instituciones cívicas tienen, necesariamente, una gran significación política para la comunidad a la que, en cierta medida, definen.

Naturalmente, es posible, y quizás deseable, para tales instituciones cívicas extenderse hasta incluir una constitución y toda la panoplia de lo estatal. Tal vez sin ello la cualidad cívica de las instituciones cívicas sea demasiado precaria, pero sería un error requerir eso por definición, pues hacerlo así es simplemente confirmar la asunción en principio dudosa de que los Estados que actualmente existen comprenden también la totalidad de las naciones, en cualquier caso, la totalidad de las naciones que pueden ser comprendidas en el sentido cívico. Con independencia de que la nación cívica sea o tenga un Estado o, *a fortiori*, un Estado soberano independiente, la clave de la idea de una nación cívica es que ella está en principio abierta a una pertenencia voluntaria. La comunidad definida por lealtad a las instituciones está abierta a cualquiera que elija vivir en el territorio y dar su lealtad a las instituciones. Cambiarse a otro lugar y

a otras lealtades es también posible y no una traición. Uno es culpable de traición sólo si permanece en el lugar y subrepticiamente mina las instituciones del lugar mientras que en forma ostensible les muestra respeto y lealtad. (Hay todas las diferencias del mundo entre tal subversión subrepticia y la crítica abierta, por fuerte que sea, de las instituciones cívicas por considerarlas sin valor, obsoletas o cosas por el estilo)» (p. 170).

«Hay al menos una razón *prima facie* en favor de algún tipo de derecho a respetar las identidades nacionales como una parte del respeto hacia las personas, pues en el respeto hacia los individuos humanos está el respecto hacia aquello que forma parte de su individualidad. Los principios políticos que sean justificables moralmente tienen que dar cuenta de un sentido de la nacionalidad que es intrínseco a la formación de la individualidad, en la medida en que tal sentido es vital para muchos individuos para el sentido de ellos mismos y para su auto-respeto al ser considerados como miembros de una comunidad humana reconocida y respetada» (p. 183).

En todo momento subrayo que mientras que alguna forma de instituciones políticas representativas está justificada por referencia a pretensiones significativas de autodeterminación nacional, no puede ser que todos y cada uno puedan o deban llegar a ser Estados soberanos en el Derecho internacional; pero entonces, mi otra tesis es que la soberanía es parte del problema y no de la solución, y de ahí el título de mi libro.

M.A.: *En estos días estoy leyendo tu libro* Rhetoric and the Rule of Law. *Me gusta mucho tu (relativamente) nueva orientación con respecto a* Legal Reasoning and Legal Theory; *como probablemente sabes, tu concepción del razonamiento jurídico tiene una gran influencia en la cultura de habla española. Estoy muy de acuerdo con los aspectos sustantivos de tu nuevo libro, pero no encuentro totalmente persuasivo el uso que propones de "retórica". En la página 7 afirmas que «el estudio de los buenos y malos argumentos se ha llevado a cabo, a lo largo de los años, bajo el nombre de "retórica"», pero creo que es una afirmación un tanto dudosa. Por ejemplo, los primeros parágrafos de la* Retórica *de* ARISTÓTELES *se consagran a clarificar la distinción (el paralelismo) entre retórica y dialéctica (de esta última se ocupa en la* Tópica); *en nuestros días los filósofos (los filósofos de ámbito general) interesados en la argumentación suelen partir de una distinción entre la aproximación lógica, dialéctica y retórica al tema; y yo diría que resulta bastante extraño calificar como "retórica" o como "una contribución a la retórica" teorías de la argumentación jurídica como las de* DWORKIN *o* SUMMERS *que —si te he entendido bien— están muy cerca de tu aproximación al tema. ¿No crees que quizás hayas ido demasiado lejos en tu homenaje a* PERELMAN *y a su nueva retórica? En mi opinión, el riesgo de tu propuesta reside en perder algunas diferencias interesantes (por ejemplo, entre la aproximación a la argumentación de* TOULMIN *y de* PERELMAN*) y también en subestimar los aspectos dialógicos o dialécticos ("dialéctica" y "diálogo" no están incluidos en el Índice de Materias de tu libro). ¿Qué piensas sobre ello?*

N.M.: Tengo la incómoda sensación de que puedas tener razón sobre eso. *Rhetoric and the Rule of Law* era el título original de lo que ahora es el capítulo 2, e inicialmente concebí el libro como una colección de ensayos antes de decidirme a integrarlos en una forma (espero) más rigurosa. Pero todavía sigo encontrando el título atractivo. Ahora me doy cuenta de que puede ser un poco engañoso, al menos para algunos lectores. ¡Pero espero que el balance que hace del razonamiento jurídico sea mejor que el nombre del libro!

M.A.: *Has escrito dos libros y muchos artículos sobre el razonamiento jurídico. ¿Crees que hay todavía algún aspecto (importante) de ese campo que no hayas tratado aún? Si la respuesta fuera que sí, ¿por qué? Y, en general, ¿cuáles son, en tu opinión, los aspectos del razonamiento jurídico que necesitan todavía ser clarificados?*

N.M.: No soy consciente de ninguna laguna manifiesta que tenga que ser cubierta. Me doy perfecta cuenta, sin embargo, de que otros llevarán mucho más lejos de lo que yo lo haya hecho la aplicación de la "inteligencia de las máquinas" a algunos de los problemas del razonamiento jurídico, y pudiera ser que con el tiempo ELLO transformará el razonamiento jurídico en formas que no podemos prever ni predecir.

Mi propia obra es más bien escasa en relación con la prueba y con el razonamiento acerca de hechos. Sobre estos temas, aprecio de manera especial el trabajo de William TWINING. De nuevo, creo que hay mucho trabajo de interés por delante y que se acelerará en relación con todos los tipos de prueba de alta tecnología (DNA, etc.) en los juicios civiles y penales.

Éstos son campos en los que hay mucho más trabajo por hacer y en relación con los cuales mi contribución ha sido comparativamente restringida. Dudo que yo tenga la energía o la capacidad para implicarme de manera estrecha en ese tipo de trabajo.

Hay más cosas que deben hacerse también en el "razonamiento práctico general" y sus aplicaciones al Derecho. ALEXY, DWORKIN y FINNIS son, en diferentes sentidos, líderes en eso. Yo espero hacer algún trabajo sobre esto en los próximos dos años.

M.A.: *En tus últimas publicaciones pareces estar próximo a las ideas de DWORKIN en la teoría del Derecho y algo semejante puede decirse (pero desde hace ya muchos años) sobre tu afinidad con las ideas de ALEXY. Ahora bien, ellos dos son autores no positivistas en cuanto teóricos del Derecho. De ahí mi pregunta: ¿sigues siendo un autor iuspositivista (un iuspositivista institucionalista)? ¿Qué piensas sobre la actual discusión sobre el positivismo jurídico (incluyente, excluyente, axiológico, etc.)*

N.M.: En *Institutions of Law: An Essay in Legal Theory* (Oxford, 2007) declaro que mi posición es postpositivista. Hemos tenido mucho que aprender del positivismo analítico en aspectos que —creo— DWORKIN no ha sabido apreciar, pero el positivismo mismo es insostenible (bien sea duro, blando, incluyente, excluyente o axiológico). Desarrollo por extenso una argumentación en favor de esta posición en el capítulo 15 de *Institutions,* y expongo los desacuerdos que sigo teniendo con DWORKIN con respecto a la metodología en el capítulo 16. Hay también en este capítulo una extensa discusión acerca de la metodología analítico-interpretativa que aplico más detenidamente al desarrollar la teoría institucional del Derecho.

M.A.: *Durante los últimos años has estado intensamente implicado en el desarrollo de la comunidad europea. ¿Cómo ves el futuro de Europa? ¿Crees que tendremos pronto una Constitución europea? ¿Tiene la teoría jurídica algún papel significativo que jugar en la construcción de Europa? ¿Cómo ves la actual situación de la teoría jurídica en Europa y en el mundo?*

N.M.: Según mi punto de vista (expresado en *Cuestioning Sovereignty,* Oxford, 1999; y en *Who's Afraid of a European Constitution?,* Exeter: Imprint Academic, 2005)

la Unión Europea tiene ya una Constitución en el "sentido funcional". Está contenida en los tratados existentes, a los que la Corte de Justicia ha llamado «Carta Constitucional», y en los propios pronunciamientos de la Corte interpretando los tratados. Lo que falta es una Constitución formal, y la ventaja de adoptar una tal como la de la Convención sobre el futuro de Europa y adoptada por los Estados miembros en el Tratado de Roma de 2004 consistiría en salvar el déficit democrático y hacer el funcionamiento de la Unión más inteligible para sus ciudadanos. No puedo prever cuánto tiempo llevará que los Estados miembros se pongan de acuerdo para adoptar tal Constitución, pero seguramente ocurrirá durante los próximos diez años, espero que antes mejor que después. La aportación más importante de la teoría jurídica afecta a tomarse en serio la idea de que el Derecho de la Unión Europea es un «nuevo tipo de orden jurídico, *sui generis*». Si esto es así, tiene un especial interés para los teóricos. Mi propia contribución particular ha consistido en avanzar la teoría del pluralismo constitucional y, junto con ello, la idea de la postsoberanía. Creo que estas ideas pueden suponer una importante contribución en el actual debate jurídico-político.

La teoría jurídica en Europa y en todo el mundo es más excitante y más ampliamente debatida de lo que nunca lo había sido antes. Mi crítica es que ha tendido a convertirse en una teoría que mira más bien hacia adentro y contribuye menos de lo que debería al discurso general de los juristas, tanto en la academia como en la práctica. Por mi parte, siempre he procurado escribir de una manera que lo que pienso esté referido a problemas jurídicos reales, y recomiendo esta aproximación a otros cultivadores de la materia.

M.A.: *Me gusta terminar este tipo de entrevistas pidiendo al entrevistado algún consejo para quienes están empezando su carrera en la filosofía jurídica. ¿Cuál sería tu mensaje para los jóvenes iusfilósofos? ¿Hay algún tema particular o algún tipo de aproximación que consideres de especial interés para ellos?*

N.M.: Naturalmente, desearía que encontraran la teoría institucional del Derecho especialmente interesante, y considero *Institutions of Law* como la mejor exposición que puedo hacer de ella. Necesitamos olvidarnos de áridas disputas acerca de los diversos tipos de positivismos y mirar hacia todas las maneras en que las teorías valorativas tienen aplicaciones fructíferas a los problemas y dilemas jurídicos. No debemos confundir nuestro trabajo con el de la sociología del Derecho, pero deberíamos llevar a cabo nuestros estudios con un conocimiento mucho más profundo de los desarrollos en la sociología y en otras ciencias sociales de lo que ha solido ser el caso. La globalización es, y seguirá siendo, un gran problema y, junto con ello, el desarrollo del Derecho humanitario y la urgente necesidad de soluciones (en parte) jurídicas para los problemas del cambio climático.

(Trad. Manuel Atienza)

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN *DOXA* Y LIBRO DE ESTILO PARA LAS COLABORACIONES

1. CORRESPONDENCIA. Los originales se remitirán a:

Manuel Atienza
Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Alicante
Apdo. de Correos 99
E-03080 Alicante
España
e-mail: doxa@ua.es

La primera página incluirá el título, nombre completo del autor, puesto docente o investigador y centro de trabajo y datos de contacto, incluyendo una dirección de correo electrónico.

2. COPIAS. El original deberá ir acompañado de una copia y de una versión en disquete o CD-ROM, en Word, y/o preferentemente por correo electrónico.

3. ABSTRACT. Los trabajos deberán ir precedidos por dos *abstracts,* uno en español y otro en inglés, de una extensión no superior a 10 líneas.

4. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS. Para la selección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a doble espacio, con tipografía Times New Roman de cuerpo 12. 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.

5. ACEPTACIÓN. Los originales deberán consistir necesariamente en trabajos de investigación. La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a informe confidencial de evaluadores externos. Dicho informe se basará en criterios de calidad, originalidad (no se aceptarán trabajos ya publicados, salvo excepcionalmente de Autores de reconocido prestigio) y relevancia de la aportación para la discusión iusfilosófica. 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 el 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.

8. NORMAS DE EDICIÓN.

Notas a pie de página. Las notas se numerarán en caracteres arábigos, en formato superíndice y orden creciente, siempre antes del signo de puntuación que correspondiese.

Citas. Las citas irán en redonda y no cursiva, y entre comillas angulares. Las comillas dentro de comillas pasarán a ser voladitas. Cuando la cita exceda de tres líneas, se separará del cuerpo principal del texto, irá sangrada y a cuerpo menor. Cualquier cambio introducido en la cita original deberá indicarse encerrándolo entre corchetes.

Bibliografía. Las citas bibliográficas seguirán el modelo anglosajón. Los apellidos del autor en versalitas, año de edición del original: páginas.

— Si el autor publicó varias obras el mismo año, se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c... (PÉREZ, 2007a: 10-15).

— Si hay varios autores citados con el mismo apellido, añadir la inicial del nombre de pila (PÉREZ, S., 2007a: 10-15).

En la bibliografía, seguir el siguiente orden: apellidos en versalitas, inicial del nombre, año, dos puntos y capitulo de libro o artículo de revista entre comillas angulares, título de la obra o de la revista en cursiva (si se trata de una revista, luego el número), el tomo o volumen entre paréntesis, dos puntos y las páginas.

PÉREZ, S., 2007: «Una teoría», *Doxa,* 30 (2): 10-15.