DOXA

21

Vol. I

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Alicante, 1998

Índice

Volumen I

- Presentación
- Georg Henrik von Wright - La filosofía, ¿una guía para perplejos?
- Identificación y dinámica de los sistemas jurídicos
    - Eugenio Bulygin - Sobre Observadores y participantes
    - Josep M. Vilajosana - Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas
    - Vito Velluzzi - Interpretación sitemática: ¿un concepto realmnte útil? Consideraciones sobre el sistema jurídico como factor de interpretación
    - Daniel Mendonca - Presunciones
    - Ángeles Ródenas - Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de la reglas en el razonamiento judicial
    - Werner Krawietz - Sistemas jurídicos modernos en transición. Sobre la comunicación jurídica en las teoría contemporáneas de las normas y de la acción
- Sobre la pretensión de corrección
    - Enrique P. Haba - Teorización constructiva como «forma de vida» (Sobre «reglas y formas» del discurso jurídico en los tribunales inexistentes)
    - Jerónimo Betegón - Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección
    - Leonor M. Moral Soriano - ¿Qué discurso pra la moral? Sobre la distinción entre aplicación y justificación en la teoría del discurso práctico general
    - Albert Calsamiglia - Postpositivismo
- Artículos
    - Ernesto Garzón Valdés- Privacidad y publicidad
    - León Olivé - Un debate filosófico acercade los grupos étnicos tradicionales en América Latina y la historia de la filosofia
    - Francisco Garrido Peña - Sobre el delito de injurias y los actos semióticos preformativos (un análisis de los actos semióticos antijurídicos)
    - Joaquín R. - Toubes Muñiz - Regulación constitucional de los derechos fundamentales y objeción de conciencia sobrevenida
    - Claudio Orunesu - Métodos y términos teóricos en la dogmática constitucional
    - Gustavo Fondevila - Legitimación y consendo en la iusfilosofía argentina
    - Agustín Squella - Libertad e igualdad en el pensamiento político de Norberto Bobbio - ¿Se puede ser liberal y a al vez socialista
- Notas
    - Daniel González Lagier - Los presupuestos ontológicos del Derecho (A propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la «concepción estándar del Derecho»)
    - Rafael Hernández Marín - Réplica a «Los presupuestos ontológicos del Dercho» de Daniel González Lagier
    - De nuevo sobre la concepción estándar y la concepción realista del

Derecho (Respuesta a la réplica de Rafael Hernández Marín)
    - Ernesto Garzón Valdés y Juan Ramón Capella - Correspondencia entre Ernesto Garzón Valdés y Juan Ramón Capella
- Entrevista
    - Manuel Atienza - Entrevista a Aulis Aarnio

Volumen II (Actas del XVIII Congreso de la IVR, Buenos Aires-1977)

- Presentación Progresos del pensamiento (Ricardo Guibourg)
- ASEFF, Lucía M. - La teoría crítica en la Argentina
- ATIENZA, Manuel - A propósito de la argumentación jurídica
- BARBAROSCH, Eduardo - Razones para la acción y concepciones normativas de la justicia
- CÁRCOVA, Carlos María - Complejidad y Derecho
- CIURO-CALDANI, Miguel Angel - Comprensión trialista de la justificación de las decisiones judiciales
- COMANDUCCI, Paolo - Principios jurídicos e indeterminación del Derecho
- CRACOGNA, Dante - La normalidad fundamental. Entre la autocontradicción y la futilidad
- CUETO RÚA, Julio - La axiología jurídica y la selección de métodos de interpretación
- FARRELL, Martín D. - ¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico
- FERRARO, Agustín E. - Kelsen y la ética universalista
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto - ¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?
- GRÜN, Ernesto - El Derecho posmoderno: un sistema lejos del equilibrio
- GUERRA FILHO, Willis Santiago - Sobre la dimensión jusfilosófica del proceso
- GUIBOURG, Ricardo A. - Bases teóricas de la informática jurídica
- HERRERA, Carlos Miguel - Schmitt, Kelsen y el liberalismo
- HUERTA OCHOA, Carla - Sobre la naturaleza jurídica de la incostitucionalidad
- LÓPEZ RUF, Pablo - Dos modelos de adjudicación
- MANSON, Manuel - Normas, verdad y lógica formal
- MARÍ, Enrique E. - Derecho y literatura. Algo de lo que sí se puede hablar peor en voz baja
- MASSINI CORREAS. Carlos I. - La teoría del Derecho Natural en el tiempo posmoderno
- OLLERO, Andrés - Valore, principios, normas. Dimensión hermenéutica de la discriminación por razón de sexo
- PÉREZ CARRILLO, Agustín - Cómo comprender los reclamos de los pueblos indios
- PORTELA, Mario Alberto - Argumentación y sentencia
- POZZOLO, Susanna - Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación
- REDONDO, María Cristina - El carácter práctico de los deberes jurídicos
- ROBLES, Gregorio - Hart: algunos puntos críticos
- RODRÍGUEZ, Jorge L., y SUCAR, Germán - Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho
- RUBIO-CARRACEDO, José - ¿Derechos humanos o derechos liberales?
- TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando - Coóo hacer razonar con normas o cómo convetir normas en razones o cómo desenredar este lío

- VÁZQUEZ, Rodolfo - Derechos de las minorías y tolerancia
- VERNENGO, Roberto J. - Presupuesto ontológico de ciertas teorías críticas del Derecho
- VIGO, Rodolfo Luis - Razonamiento judicial justificatorio

PRESENTACIÓN

El primer volumen de este número doble de DOXA (el segundo contiene una selección de las ponencias presentadas, en lengua castellana, en el Congreso mundial de la IVR que tuvo lugar en Buenos Aires en 1997) se abre con un trabajo sobre la filosofía en el siglo XX, escrito por uno de sus mayores representantes: Georg Henrik von Wright. En La filosofía, ¿una guía para perplejos?, *nos presenta una visión de la filosofía a partir de la concepción analítica a la que von Wright considera «en todas sus proteicas formas… el tipo de filosofía más influyente y original del siglo [y]… más a tono con el* Zeitgeist *de una época cuyas fuerzas dominantes de modelación han sido la ciencia y la tecnología».*

La mayor parte de los trabajos que constituyen la primera sección monográfica del volumen fueron antes ponencias presentadas al tercer seminario italiano-español de teoría analítica del Derecho que se celebró en Sitges en octubre de 1997. Aunque el título de aquel congreso fue el de «Estructura y dinámica de los sistemas jurídicos», aquí hemos preferido modificarlo levemente para que se ajuste mejor a la temática realmente tratada en los trabajos: el problema de la identificación de los sistemas jurídicos y cuestiones de dinámica de los sistemas jurídicos, entendido esto último en un sentido amplio que incluye tanto problemas de cambio de normas como cuestiones de interpretación y de argumentación.

Se abre así la sección titulada «Identificación y dinámica de los sistemas jurídicos» con un trabajo de Eugenio Bulygin (Sobre observadores y participantes) *en el que critica la tesis defendida por Juan Carlos Bayón (y «de moda» entre los filósofos del Derecho) según la cual el Derecho identificado por un observador no es el mismo Derecho que identifica un participante. Tal tesis vendría a significar la puesta en cuestión de uno de los*

elementos centrales del positivismo jurídico (la identificación objetiva del Derecho) que Bulygin considera irrenunciable. En su opinión, la tesis de Bayón puede entenderse en dos sentidos: en su versión fuerte, la tesis es falsa y conduce a conclusiones totalmente inaceptables (llevaría a un subjetivismo extremo), mientras que en su versión débil resulta simplemente trivial (no supondría más que el reconocimiento de que el concepto de norma adolece de vaguedad).

Al trabajo de Bulygin le sigue el de Josep M. Vilajosana (Dinámica de sistemas y persistencia de normas jurídicas), *cuyo objetivo es mostrar que es posible utilizar los instrumentos proporcionados por la teoría del Derecho para ayudar a resolver problemas típicos de la dogmática. Cuando el jurista se pregunta qué normas deben utilizarse para resolver las controversias jurídicas, aparece la dificultad de que las normas del Derecho nacional que haya que aplicar forman parte de un sistema dinámico. Surge así, entre otros, el problema -en el que centra su análisis Vilajosana- de cómo explicar la persistencia de ciertas normas a pesar de los cambios de sistema y de orden jurídico.*

Vito Velluzi, por su parte («Interpretación sistemática»: ¿un concepto realmente útil?), *se ocupa del sistema jurídico en cuanto factor de interpretación o, dicho de otra manera, de la interpretación sistemática. Además de presentar un resumen de los desarrollos actuales de la interpretación sistemática en la teoría del Derecho, Velluzi analiza el mismo concepto de interpretación sistemática, trazando sus límites con otras técnicas interpretativas.*

Daniel Mendonca (Presunciones) *parte de un trabajo de Ullmann-Margalit para analizar el concepto de presunción legal: cuando el juzgador debe, por disposición legal, tomar algo como cierto, mientras no existan elementos de prueba en contra. Además de ocuparse de la noción misma de «presunción», Mendonca se interesa aquí por el status de los enunciados de presunción, por el carácter y la función de las normas de presunción, por la manera de representarlas, y por las estrategias (de bloqueo y de destrucción) destinadas a impedir que una presunción opere en un caso dado.*

También se centra en el razonamiento judicial el trabajo de Ángeles Ródenas que lleva como título Entre la transparencia y la opacidad. *La autora estudia el papel que desempeñan las reglas de mandato en el razonamiento justificativo de las decisiones de los jueces, a partir de cuatro modelos teóricos construidos precisamente para dar cuenta de ese tipo de reglas. La conclusión a la que llega -utilizando la terminología de uno de esos teóricos, Donald Regan- es que, a pesar de las diferencias terminológicas, todos los modelos entienden que las reglas desarrollan su función entre la «completa transparencia» y la «absoluta opacidad».*

Finalmente, en Sistemas jurídicos modernos en transición, *Werner Krawietz muestra que las instituciones y los sistemas sociales, contemplados desde la perspectiva de una teoría basada en la información y la comunicación, no se componen de actores individuales o colectivos, sino que «sólo pueden entenderse como actos comunicativos vinculados autorreferencialmente». Ello le lleva a sugerir que, para comprender y explicar la acción organizada llevada a cabo por agentes colectivos (incluido el Estado), la teoría de las normas y de la acción debe ser reemplazada por un nuevo paradigma interpretativo.*

La segunda de las secciones monográficas (Sobre la pretensión de corrección) *comienza con una acerba crítica de Enrique P. Haba* (Teorización constructivista como «forma de vida») *a las orientaciones que él denomina «constructivistas» y que ejemplifica en la teoría del discurso de Robert Alexy. Las teorías constructivistas del Derecho construyen modelos de racionalidad o de razonabilidad que -se piensa- guían, al menos tendencialmente, el pensamiento de los juristas. Sin embargo, en opinión de Haba, el modelo de Alexy no tiene efectividad como ordenación de conjunto en las controversias jurídicas reales: constituiría más bien una teoría del discurso racional «como teoría de la fundamentación jurídica* inexistente».

También es crítico con esa tesis -aunque con una notable variación en cuanto al tono- Jerónimo Betegón (Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección), *al ocuparse del problema de la vinculación conceptual entre el Derecho y la moral y, en particular, de la versión que entiende que, en los procesos de creación y de aplicación del Derecho, los participantes tienen necesariamente una pretensión de corrección. A la tesis de Alexy, Betegón le objeta su difícil fundamentación (que deriva de la remisión a la ética discursiva habermasiana) y su trivialidad (el hecho de que sus implicaciones morales son prácticamente nulas).*

El trabajo de Leonor M. Moral Soriano (¿Qué discurso para la moral?) *tiene también como trasfondo la obra de Alexy, aunque ella se ocupa de la crítica que Klaus Günther ha dirigido a la tesis del caso especial de Robert Alexy. Básicamente, el reproche de Günther se basa en la necesidad de distinguir entre el discurso de justificación y el de aplicación de las normas, para explicar el razonamiento judicial como un discurso de aplicación. En opinión de la autora, sin embargo, esa distinción es más ficticia que real, de manera que el intento de Günther (su concepción dualista del discurso práctico general) debe considerarse como un fracaso.*

Finalmente, en Postpositivismo, Albert Calsamiglia presenta una caracterización de la concepción del Derecho que suele denominarse con este nombre y en la que se incluye, entre otras, la de Alexy. Su tesis es que el postpositivismo es, en realidad, heredero del positivismo; más que negar el

positivismo, lo que hace es desplazar el centro de atención, para poder dar cuenta de ciertos problemas (básicamente de la aplicación del Derecho) que no encontraban solución en aquella teoría. El postpositivismo se caracteriza así, más que nada, por la atención puesta en problemas como el de la indeterminación del Derecho (el problema discutido por Bulygin en la anterior sección) y el de las relaciones entre el Derecho, la moral y la política (en el que se inscribe la tesis de la pretensión de corrección del Derecho).

El estudio de Ernesto Garzón Valdés sobre los límites morales de la privacidad (Privacidad y publicidad) *abre la sección de artículos de tema libre. Garzón Valdés considera su trabajo como «un intento de desacralizar lo privado», de «rescatar la hipocresía de una satanización (curiosamente hipócrita)», si bien es consciente de que existen también razones plausibles «no sólo de tipo moral, sino también prudenciales» en contra de la hipocresía. En cualquier caso, se muestra partidario de abandonar en el campo de la política, la idea de que los ciudadanos deben ser agentes morales íntegros y de rescatar la idea kantiana del ciudadano imperfecto.*

León Olivé, en Un debate filosófico acerca de los grupos étnicos en América latina y la historia de la filosofía*, se ocupa del problema de la multiculturalidad a partir de un debate que ha tenido como principales protagonistas teóricos a Luis Villoro, Fernando Salmerón y el propio Ernesto Garzón Valdés. Olivé analiza el papel que la historia de la filosofía juega en los trabajos de esos autores, en tres sentidos distintos: como ideas que incorporan de manera crítica a sus propias tesis, como ideas características de alguna tradición filosófica y como ideas que son constitutivas del objeto mismo de análisis; estos dos últimos sentidos son los que plantean las cuestiones más controvertidas y, por tanto, en los que se centra el artículo.*

En un extenso trabajo (Sobre el delito de injurias y los actos semióticos performativos), *Francisco Garrido Peña analiza los llamados «delitos de opinión», aquellos que atientan contra el honor la buena fama o la dignidad y en los que el hecho o acto antijurídico tiene naturaleza semiótica. La injuria sería uno de esos actos semióticos (generalmente, pero no siempre, lingüísticos) que no tienen carácter descriptivo, emotivo o denotativo, sino performativo. A partir de aquí, el autor extrae, entre otras, la conclusión de que esa naturaleza performativa «posibilita un sano e imprescindible relativismo moral y cultural» para medir la gravedad de la injuria.*

Joaquín R.-Toubes Muñiz trata de mostrar en su trabajo (Regulación constitucional de los derechos fundamentales y objeción de conciencia sobrevenida) *que la filosofía del Derecho es relevante para determinar no sólo qué son, sino también cómo e incluso cuáles son los derechos fundamentales. A partir de algunas nociones iusfilosóficas, toma a la objeción de*

conciencia sobrevenida como caso de estudio con el que ilustrar ese planteamiento, para defender la inconstitucionalidad de la exclusión temporal de ese derecho durante el período de incorporación a filas.

En Métodos y términos teóricos en la dogmática constitucional*, Claudia Orunesu muestra los diversos procedimientos retóricos que utilizan los juristas, en particular los constitucionalistas, para encubrir su función normativa. La autora considera legítimo que la dogmática no se limite a cumplir una tarea descriptiva, pero entiende que las valoraciones que efectúa no debe hacerlas de manera encubierta, sino apelando a argumentos racionales, pues sólo así pueden evitarse los problemas de discrecionalidad y autoritarismo, que resultan especialmente peligrosos cuando lo que se interpreta es la constitución.*

La obra del filósofo argentino Ambrosio L. Gioja, responsable en buena medida del gran desarrollo que la filosofía del Derecho ha tenido en ese país desde los años 60, es el tema del artículo de Gustavo Fondevila, Legitimación y consenso en la iusfilosofía argentina*. El autor estudia la relación existente entre la filosofía del Derecho de Gioja y el Estado de Derecho y subraya cómo un autor que intentó construir una iusfilosofía con derivaciones políticas democráticas llegó, sin embargo, a justificar la proscripción del peronismo, con el argumento de que la democracia puede verse anulada en su propio beneficio.*

Finalmente la sección se cierra con el escrito de Agustín Squella Libertad e igualdad en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, que es el texto de una conferencia dedicada a abordar este aspecto de la obra del gran pensador italiano. Squella muestra cómo, para Bobbio, la igualdad no sólo no es un ideal incompatible con la libertad, sino que «una cierta igualdad material sería una condición para el ejercicio efectivo de la libertad y, para la real consolidación de un régimen democrático». Sin embargo, Bobbio es también plenamente consciente de la dificultad existente para combinar el liberalismo con el socialismo («hasta ahora nadie ha encontrado la manera de poner de acuerdo los derechos de la libertad con las exigencias de la justicia social»), lo que le lleva a Squella a interpretar que el liberalsocialismo de Bobbio es «una dirección en la que avanzar».*

La mayor parte de la sección de Notas *la ocupa la polémica entre Daniel González Lagier y Rafael Hernández Marín a propósito de los presupuestos ontológicos del Derecho. El punto de partida de la misma es la crítica que el primero* (Los presupuestos ontológicos del Derecho) *hace de la concepción factualista o concepción realista pura del Derecho de Hernández Marín. González Lagier viene a sostener que una concepción como la de Hernández Marín que reduce el Derecho al texto legal entendido como un objeto físico tiene, inevitablemente, consecuencias contra intuitivas y,*

por tanto, es insuficiente para explicar el Derecho. Este último, en su réplica, considera que González Lagier deforma sus ideas y yerra completamente en su crítica; defiende de nuevo la tesis realista («no hay más Derecho que el de los textos legales») frente al idealismo de la «concepción estándar», que considera como componentes esenciales del Derecho la ley (concebida idealmente), el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho; y muestra cuáles son las ventajas teóricas y prácticas de su concepción. Finalmente, en la respuesta a la réplica de Hernández Marín, González Lagier señala, por un lado, que en su primer trabajo no había cometido ninguna deformación de las tesis de su contendiente y, por otro lado, acusa al propio Hernández Marín de haber malinterpretado el trabajo con el que se inicia la polémica.

El resto de la sección contiene un intercambio epistolar entre Ernesto Garzón Valdés y Juan Ramón Capella, que trae causa en el prólogo de este último al libro de Carlos María Cárcova La opacidad del Derecho. *Ofrecemos los textos sin más comentarios: no creemos que el lector de DOXA, interesado sin duda en los mismos, necesite de ayuda hermenéutica alguna para comprender todo lo que hay que comprender aquí.*

La entrevista de este número 21 está dedicada a Aulis Aarnio. El autor finlandés contesta a diversas cuestiones que le plantea Manuel Atienza a propósito del desarrollo de sus trabajos en la teoría del Derecho en estas últimas cuatro décadas y sobre su concepción de la filosofía del Derecho en la actualidad. Aarnio pone un especial énfasis en la idea de una «tercera vía» (entre el colectivismo y el neoliberalismo y entre el positivismo extremo y el Derecho natural) y en la importancia de ocuparse de la función del Derecho en la constitución de las relaciones sociales.

Por último, la habitual sección de resúmenes de bibliografía iusfilosófica española, que se presenta en el diskette adjunto, ha sido coordinada en esta ocasión (correspondiente al año 1997) por Isabel Lifante Vidal.

IDENTIFICACIÓN Y DINÁMICA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

LA FILOSOFÍA ¿UNA GUÍA PARA PERPLEJOS?[1]

1. En este ensayo haré un intento de revisar la situación de la filosofía tal y como ha evolucionado en el curso del siglo que ahora se acerca a su fin. Soy consciente del hecho de que mis juicios y valoraciones son subjetivas y pueden no ser compartidas por todos mis oyentes. Tengo también conciencia de la posibilidad de que alguien que haya sido formado y esté trabajando en la tradición hegeliana o hermenéutica podría subrayar la importancia de acontecimientos filosóficos algo diferentes de los de quien, como yo, ve la evolución principalmente desde la perspectiva de la corriente analítica. Pero me inclino a considerar tal diferencia de énfasis como algo de importancia menor para mi evaluación global de la situación.

El gran pensador judío a partir de cuya *chef d'oeuvre* he dado nombre a mi conferencia está en la encrucijada de tres tradiciones religiosas: la judía, la islámica y la cristiana -siendo estas dos últimas retoños de la primera. Las tres comparten un legado heredado en último término de Grecia. Son *helenocéntricas*, para usar un término acuñado por el académico de cuya *«Paideia»* se hace eco el lema de nuestro congreso[2]. Este legado helénico es el responsable de un componente de racionalidad que contrasta con la enseñanza supra-racional profesada en las sagradas escrituras de las tres religiones: la Biblia, la Torah y el Corán.

Durante la era ilustrada del califato de los Omeyas en Córdoba revivió y floreció el legado helénico de la cultura árabe y judía. Maimónides representa el clímax de su influencia pero también presagia su declive. Su insistencia en que «el hombre sólo debería creer lo que pueda captar con su intelecto

[1] Texto de la conferencia reproducida en videofilm en el Congreso Mundial de Filosofía en Boston, Agosto 1998.

[2] Werner Jaeger, *Paideia: the Ideals of Greek Culture.* Traducido del alemán por Gilbert Highet. Oxford: Basil Blackwell, 1946, Vol I, Introducción, p. XV y passim.

o percibir con sus sentidos»[3] testimonia una actitud racional hacia las cosas. Esto sucedía unos pocos siglos antes de que un renacimiento del pensamiento racional, de origen e inspiración helénicos en el fondo, tuviera también lugar en la esfera cristiana de la cultura.

Tras la caída de los Omeyas, la influencia helénica en la cultura árabe se debilitó. Lo supra-racional tomó el relevo -aparentemente para bien. En la órbita cristiana el legado greco-romano se tomó con el tiempo en una importante fuerza modeladora de una cultura occidental naciente. La división religiosa causada por la Reforma promovió una secularización de la sociedad y desembocó primero en lo que después ha sido conocido como revolución científica, y más tarde como revolución industrial.

El humanismo del Renacimiento había «descubierto» el hombre y la naturaleza, para citar un famoso dicho de Burckhardt. El humanismo de la Ilustración expandió este descubrimiento hasta incluir también una visión de la sociedad justa de ciudadanos libres e iguales. La industrialización y la democracia son frutos gemelos del germen de racionalidad que el Occidente ha heredado de su ascendencia helénica.

Parece sin embargo haber existido una tensión inherente entre la comprensión racional del hombre y de la naturaleza. El humanismo renacentista fue eclipsado por el racionalismo orientado hacia la ciencia del Barroco. De modo similar, el humanismo de la Ilustración acabó amenazado por el racionalismo tecnológico de la era industrial. Parece necesitarse una tercera revitalización de los ideales humanistas para restaurar un balance sesgado dentro de la racionalidad occidental. El alegato de Werner Jaeger en favor de una *paideia* en el sentido griego original pretendía fomentar el advenimiento de ese «tercer humanismo»[4]. El que vaya o no a venir alguna vez es algo incierto.

El legado racional aumentó enormemente el poder expansivo de la cultura occidental. Tres siglos después del Renacimiento ha llevado a la subyugación de la mayor parte de la tierra a la dominación económica y política de Occidente. En la estela del colonialismo, y sobreviviéndole, los ideales de un nuevo estilo de vida se diseminaron con la promesa del progreso ilimitado y del bienestar material en aumento para toda la raza humana. También se pensó que los cambios en estilo de vida favorecerían las formas democráticas de gobierno y el respeto por los derechos humanos. Los idealistas empezaron a hablar de un Estado mundial en formación y de una cultura global mundial.

---

[3] Moses Maimonides, *The Guide for the Perplexed.* Traducido del texto original árabe por M. Friedländer. New York: Dover Publications, 1956, p. XXV.

[4] Cf. Jaeger, *Humanistische Reden und Vorträge.* Lepzig: Walter de Gruyter, 1937. Algo similar puede decirse sobre el humanismo existencialista de Sartre. Cf. Jean Paul Sartre, *L'existentialism est un humanisme.* Paris: Nagel. 1970.

Pero también hubieron de ser escuchadas voces escépticas de fuerza creciente. ¿Significaba quizás lo que estaba pasando que la racionalidad occidental discursiva y organizatoria corría incontrolada? Hay signos que apoyan esta visión. El elevado standard de vida creado por la tecnología industrial ha propiciado una explosión demográfica que no solo ha tenido efectos ruinosos sobre el medio ambiente físico y los recursos materiales, sino que ha causado también la progresiva deforestación y desecación de la tierra con cambios climáticos inminentes de alcance mundial. El dominio racional de las leyes que reinan en la naturaleza y el conocimiento de cómo manipularlas ha resultado una amenaza letal para su propio objeto: la naturaleza.

Algo similar está también sucediendo con nuestra comprensión racional del hombre. Gracias a la automatización y a la racionalización del trabajo se necesita un número gradualmente decreciente de personas para mantener en marcha el proceso de producción material. El desempleado y el marginado resultan inadaptados para la vida en una sociedad escindida en la que sólo prospera el bien educado y el acaudalado. Existe el riesgo de que estas tendencias conmocionen finalmente los fundamentos de los estados gobernados democráticamente y de que la realización de los ideales ilustrados de una comunidad de hombres libres e iguales degenere en deshumanizadas relaciones *homo-hominis-lupus* entre sus miembros.

No seguiré más allá este escenario del futuro de la civilización occidental a medida que se hace global. En lugar de ello volveré a algo completamente diferente: una visión de la filosofía en el siglo que acaba. Pero también espero ser capaz de mostrar que las dos visiones, la retrospectiva de la filosofía y la prospectiva del destino de la civilización, no están enteramente desconectadas.

2. En uno de sus muchos escritos autobiográficos Bertrand Russell dice: «El año más importante de mi vida fue el año 1900, y el evento más importante de ese año fue mi visita al Congreso Internacional de Filosofía de Paris»[5] (Éste fue, por cierto, el primer congreso de la serie que tiene al nuestro como vigésimo). Allí se familiarizó Russell con el trabajo pionero en lógica hecho por Peano y sus discípulos. Esto le convenció de que las matemáticas no eran más que una forma de lógica altamente desarrollada. Inmediatamente después Russell encontró que esta idea ya había sido explorada por Frege. Así fue como Russell vino a mantener que la lógica era central para la filosofía, el núcleo y esencia de la disciplina.

Los eventos del azar han jugado probablemente un papel menor en los avances principales de la filosofía, pero uno no puede evitar preguntarse qué

[5] *The Philosophy of Bertrand Russell.* Editado por P.A. Schilpp (The Library of Living Philosophers) New York: Tudor Publishing Company, 3rd. ed. «My Mental Development», p. 12.

hubiera pasado si Russell no hubiera «descubierto» a Frege gracias a Peano. En la época en que Russell se encontró con el trabajo de Frege, éste había permanecido muy ignorado durante más de veinte años. Probablemente hubiera continuado así -algo que es extraño pensar considerando la importante influencia de Frege en la lógica y en la filosofía del lenguaje, particularmente en la segunda mitad del siglo. Que uno de los más grandes filósofos alemanes fuera un matemático de nombre «Frege» no era algo conocido comúnmente entre los filósofos académicos del continente europeo hasta un tiempo tan reciente como hace un cuarto de siglo. Pero en la órbita anglo-americana el status de Frege estaba entonces ya bien establecido.

En las conferencias Lowell, que Russell dio aquí en Boston en vísperas de la primera guerra mundial y que fueron publicadas bajo el título *Our Knowledge of the External World*, dijo: «La vieja lógica puso cadenas al pensamiento, mientras que la nueva lógica le dio alas. En mi opinión, ha introducido en la filosofía la misma clase de avance que Galileo introdujo en la física»[6]. Esta comparación con el gran «giro» en la ciencia física efectuado por Galileo y sus contemporáneos fue repetida con frecuencia por los protagonistas de la nueva filosofía basada en la lógica.[7]

Hasta donde yo sé Russell fue el primero en hablar del «método lógicoanalítico» en filosofía, y dijo generosamente que el primer ejemplo pleno de su uso se encontraba en los escritos de Frege[8]. Más tarde dijo que desde que, alrededor del cambio de siglo y bajo la influencia de G. E. Moore, un año más joven que él, había «abandonado la filosofía de Kant y Hegel», siempre había «buscado soluciones a los problemas filosóficos por medio del análisis»[9]. El ejemplo dado por Moore y Russell fue seguido por C.D. Broad y W.E. Johnson y por el brillante Frank Ramsey, cuyas palabras de que la filosofía es «la clarificación del pensamiento por medio del análisis» ya se hacían eco de la influencia de Wittgenstein[10]. Puede decirse que esta

---

[6] Bertrand Russell, *Our Knowledge of the External World, as a Field for Scientific Method in Philosophy.* London: Alien and Unwin, reprinted 1949, p. 68f.

[7] Durante algún tiempo en los primeros años treinta también Wittgenstein parece haber sido cautivado por esta comparación. En su crónica (publicada originariamente en *Mind*) de las conferencias de Wittgenstein en 1930-33, G. E. Moore dice que Wittgenstein mantenía que lo que estaba haciendo era «algo nuevo» y no meramente un estadio en un «desarrollo continuo»; que ahora había en la filosofía un «pliegue» en el «desarrollo del pensamiento humano» comparable al que tuvo lugar cuando Galileo y sus contemporáneos inventaron la dinámica: que un «nuevo método» había sido descubierto como había sucedido cuando «la química se desarrolló a partir de la alquimia». Ver G.E. Moore, *Philosophical Papers*. London: Alien and Unwjn, 1959. p. 322.

[8] *External World,* p. 7.

[9] Bertrand Russell, *My Philosophical Development.* London: Allen and Unwin. 1959, p. 14.

[10] Frank Plumpton Ramsey, *Notes on Philosophiy, Probability and Mathematics.* Editados por Maria Caria Galavotti. Napoli: «Bibliopolis», 1991, p. 33.

galaxia de hombres han constituido lo que más tarde resultó conocido como la Escuela de Análisis de Cambridge. Pero ellos no se consideraban colectivamente a sí mismos como una «escuela» o «movimiento». En esto diferían de otro grupo de filósofos más militantes, el círculo de Viena alrededor de Moritz Schlick. En un famoso manifiesto el círculo se anunció a sí mismo al mundo en 1929 bajo el nombre de «der Wiener Kreis der wissenschaftlichen Weltauffasung».[11]

El Círculo de Viena para una «concepción científica del mundo» tuvo un *porte-parole* en la revista *Erkenntnis.* En el volumen que apareció en los primeros días de la Segunda Guerra Mundial hay un artículo de Max Black llamado «El Positivismo Lógico y la Escuela de Análisis de Cambridge».[12] Puede decirse que marca simbólicamente la fusión de los dos manantiales de la «nueva» filosofía que fue conocida como lógico-analítica, y en el curso de sus posteriores desarrollos simplemente como filosofía analítica. Alrededor de su núcleo pronto se agruparon influencias de tradiciones preexistentes empiristas, positivistas y pragmatistas, y una retrospectiva histórica más profunda hizo posible detectar sus raíces no sólo en la filosofía post-cartesiana sino también en la medieval y en la antigua. Con el tiempo ha difundido su influencia por todo el globo.

En el curso de su expansión la filosofía analítica ha perdido mucho de su identidad original, si es que alguna vez tuvo una. Se dice con frecuencia que sus últimos desarrollos son un declinar. Incluso se oye que la filosofía analítica está muerta. No discutiré estos juicios ni, por otro lado, podría suscribirlos sin grandes reservas. Posiblemente se esté cerrando un capítulo de la historia de la filosofía con el fin de siglo, el mismo capítulo que se abrió cuando el siglo empezó. Pero yo insistiría en que no es un prejuicio egocéntrico lo que me hace decir que la filosofía analítica en todas sus proteicas formas no solo ha sido el tipo de filosofía más influyente y original del siglo, sino que ha sido también el tipo de filosofía más a tono con el *Zeitgeist* de una época cuyas fuerzas dominantes de modelación han sido la ciencia y la tecnología. El famoso *dictum* de Hegel de que la filosofía es su tiempo expresado en pensamiento encaja excepcionalmente bien con el tipo de filosofía llamada «analítica».[13]

---

[11] *Wissenschaftliche Weltauffasung, Der Wiener Kreis.* Viena: Arthur Wolf Verlag, 1929. Reimpreso con el título: *The Scientific Conception of the World: The Vienna Circle*. Dordrecht/Holland: D. Reidel, 1973.

[12] Max Black, «Logical Positivism and the Cambridge School of Analysis», *Erkenntntnis* 8, 1939-1940.

[13] Sobre el término «filosofía analítica», cf. mi ensayo «Analytical Philosophy, A Historico-Critical Survey», en G. H. von Wright. *The Tree of Knowledge and Other Essays.* Leiden: E. J. Brill, 1993, p. 41f.

3. En el mismo volumen de *Erkenntnis* del final de la pre-guerra en el que Black proclamaba la fusión de los dos manantiales de filosofía analítica -el de Cambridge y el de Viena- hay también un segundo ensayo de interés para nuestro tema. Es de Friedrich Waismann, un antiguo miembro del Círculo de Viena que vivía entonces refugiado en Cambridge. El trabajo es llamado «Was ist logische Analyse?» («¿Qué es Análisis Lógico?»). Cito de él:

> «La filosofía y la ciencia son dos actitudes fundamentalmente diferentes de la mente humana» (En alemán: «zwei grundverschiedene Typen menschlicher Geisteshaltung».) «La mentalidad científica busca el conocimiento, es decir, proposiciones que son verdaderas, que concuerdan con la realidad. En un nivel superior asciende a la formación de teorías. A través de la filosofía se puede ganar una claridad interna creciente. El resultado del razonamiento filosófico no son proposiciones ("Sätze") sino la clarificación de proposiciones».[14]

Las palabras de Waismann se hacen eco de Wittgenstein, que había dicho en el *Tractatus* que «la filosofía no es una de las ciencias naturales», que no es «una teoría sino una actividad» y que su objetivo es «la clarificación lógica de los pensamientos».[15]

Una visión tal de la relación de la filosofía con la ciencia está en claro contraste con aquella que Russell había defendido. Russell mantenía que la filosofía es «esencialmente una con la ciencia, y que solo difiere de las ciencias especiales por la generalidad de sus problemas». «La nueva filosofía», decía, «concibe todo el conocimiento como conocimiento científico, que ha de ser establecido y probado por los métodos de la ciencia».[16]

Y sin embargo Russell y Waismann estaban de acuerdo en que el método propio de la filosofía era el análisis lógico. (Sobre este punto Wittgenstein mantuvo silencio). Este acuerdo en el «método», en principio y por un largo tiempo, ocultó el desacuerdo entre lo que propongo llamar una visión russelliana y una visión Wittgensteiniana de la relación entre filosofía y ciencia.

Las dos «actitudes mentales fundamentalmente diferentes» a las que Waismann aludía son *el conocimiento de la verdad* de un lado y la *comprensión del significado* del otro. Waismann, siguiendo a Wittgenstein, estaba ansioso por asociar el primero con la ciencia y la segunda con la filosofía. En un manuscrito temprano, tras su vuelta a Cambridge y a la filosofía en 1929, Wittgenstein había escrito que la novedad de su método descansaba básicamente en «la transición desde la cuestión de la *verdad* a la cuestión del *significado*».[17] A las cuestiones del primer tipo les conciernen

---

[14] «Was ist logische Analyse?» *Erketintnis*, 8, 1939-1940, p. 265.

[15] *Tractatus Logico-Philosophicus*, 4. 111 y 4. 112.

[16] Bertrand Russell, *Sceptical Essays.* New York: W.W. Norton, 1928, p. 71.

[17] En MS 105 en la p. 46 leemos en clave: «Meine Art des Philosophierens ist mir selbst immer noch, und immer wieder, neu, und daher muss ich so oft wiederholen. Einer anderen

los *hechos*, el cómo *son* las cosas, a las del segundo tipo lo que quieren decir o *significan*.

Independientemente de lo que pensemos del emparejamiento de las dos actitudes con la ciencia y la filosofía respectivamente, se las puede ver, creo que correctamente, como las dos dimensiones básicas de la vida cognitiva del hombre. Y desearía decir que la meta suprema del estudio y la educación académica es equilibrar en una balanza esta dos dimensiones: el saber y el comprender. Se presuponen mutuamente la una a la otra. Parafraseando una sentencia bien conocida de Kant, se podría decir que el conocimiento sin comprensión es ciego y que la comprensión sin base en el conocimiento es vacía. El enorme incremento del acceso a la información fáctica gracias a la tecnología electrónica en combinación con avances espectaculares, particularmente en las ciencias experimentales y sus aplicaciones tecnológicas, ha desembocado en la hipertrofia del conocimiento a costa de la comprensión. Esto tiende a estimular una *paideia* corrompida, una insana atmósfera «pancientista» o una creencia implícita en que el solo incremento del conocimiento puede lidiar con éxito con todos los problemas dignos de consideración racional, también en la esfera moral y social.

4. La visión de que la lógica es la esencia de la filosofía apoya lo que he llamado una visión russelliana de la relación entre filosofía y ciencia. La nueva lógica lindante con las matemáticas, iniciada por Boole y De Morgan, desarrollada independientemente por Frege, Schröder, Peirce y Peano, y que alcanza la madurez plena en los *Principia* de Russell y Whitehead, pudo desde luego reclamar para sí el estatuto de ciencia. Basar la filosofía en la lógica era por tanto dar a la filosofía un fundamento científico y ayudarla a alcanzar mas tarde «den sicheren Gang einer Wissenschaft» («el camino seguro de la ciencia»).

Wittgenstein vio las cosas de modo diferente. A pesar del hecho de que la lógica de Russell y Frege había sido su puerta de entrada en la filosofía, Wittgenstein nunca atribuyó a la lógica un status fundacional con respecto a la filosofía. En lugar de ello, él se proyectó sobre el concepto de lenguaje. Si Russell había dado a la filosofía del siglo un giro *«logístico»*, Wittgenstein contribuyó más que ningún otro a darle un giro *«lingüístico»*. Los dos «giros» están relacionados pero sin embargo son diferentes, y se pueden

---

Generation wird sie in Fleish und Blut übergegangen sein und sie wird die Wiederholungen langweilig finden» («Mi tipo de filosofar es para mí, todavía y siempre, nuevo, y de ahí que deba repetirme tanto. Otra generación lo habrá convertido en carne y sangre y encontrará aburridas las repeticiones») Inmediatamente después y *no* en clave: «Diese Methode ist im Wesentlichen der Übergang von der Frage nach der *Wahrheit* zur Frage nach dem *Sinn*.» (Este método es en lo esencial el paso de la pregunta por la *verdad* a la pregunta por el *sentido*.»

conectar los dos con lo que he llamado las visiones russelliana y wittgensteniana respectivamente de la relación entre filosofía y ciencia.

Una frase muy citada del último Wittgenstein dice: «La filosofía es una batalla contra el embrujamiento de nuestra inteligencia (en alemán «unseres Verstandes») por medio del lenguaje».[18] Los problemas filosóficos surgen cuando palabras familiares del lenguaje cotidiano son usadas fuera de su esfera de aplicación ordinaria, ligadas con frecuencia a una metáfora, como cuando hablamos del «flujo del tiempo» o de la «expansión del espacio» o del «desaparecer» de objetos no percibidos. Esto nos induce a afirmar cosas que están de plano en conflicto con el sentido común: por ejemplo, a denegar la existencia de objetos materiales independientes de la mente o la posibilidad de elegir libremente entre cursos alternativos de acción. A este mal uso del lenguaje lo llama Wittgenstein «metafísico». La manera de librarse de las confusiones que tal lenguaje origina es, dice, «volver a traer las palabras de su uso metafísico a su uso cotidiano».[19] Cuando hayamos desenmarañado la red lingüística en que habíamos caído el problema cesará de incomodarnos. Se disuelve, desaparece. Desde este punto de vista los problemas filosóficos son una suerte de fijaciones lingüísticas o trabas mentales. Tratarlas es una suerte de terapia, y el análisis lógico una suerte de psicoanálisis.[20] Estas analogías disfrutaron de una cierta popularidad en los años 30 y dieron al filosofar de Wittgenstein el nombre de «positivismo terapéutico» -con gran irritación del propio filósofo. Otra caracterización, y más precisa, fue la de los problemas filosóficos como perplejidades que había que resolver o remover mediante una comprensión profundizada de las estructuras conceptuales ocultas tras formas gramaticales equívocas del lenguaje. En un sentido literal, por tanto, la filosofía en el espíritu de Wittgenstein es «una guía para perplejos». Y como sucede con la guía de Maimónides para aquellos que estaban hechizados por contradicciones similares entre el pensamiento religioso y el pensamiento laico, remover la perplejidad no cambia nuestro conocimiento de los hechos, sino solo nuestra comprensión de los modos en que hablamos de ellos. En otras palabras, la filosofía «deja todo como está».[21]

Permítanme poner un ejemplo de cómo puede ser desenmascarado un rompecabezas filosófico como un pseudoproblema. No es de Wittgenstein, sino de mis propias preocupaciones tempranas con la justificación de la inducción,[22] también llamada el problema de Hume. ¿Cómo puede saberse, si

---

[18] *Philosophische Untersuchungen*, $ 109.

[19] *PU.* $ 116.

[20] Cf. *PU.* $ 255.

[21] *PU.* $ 124.

[22] G.H. von Wright, *The Logical Problem of Induction.* 2ª ed. revisada. Oxford: Basil Blackwell, 1957.

no con certeza al menos con un cierto grado de probabilidad, que una regularidad observada en la naturaleza se dará también en casos futuros? Mi respuesta fue que la demanda de conocimiento es autocontradictoria: se quiere saber algo que damos por cierto que no puede saberse. Cuando nos damos cuenta de que hemos estado llorando por la luna, queriendo algo que es imposible tener, cesamos de anhelarlo y nuestra mente descansa. Pero para llegar a esta percepción hay que caminar a través de un complejo laberinto de análisis conceptual y teorización lógica. (Volveré a esto en un momento).

La idea de que anhelar una respuesta a una cuestión típicamente filosófica lleva consigo una demanda autocontradictoria fue expresada con gran claridad por Heinrich Hertz en la introducción a su *Die Prinzipien der Mechanik*. Sabemos que Wittgenstein había quedado impresionado por Hertz. Hubo un momento en que planeó usar las palabras de Hertz como un lema para las *Investigations*. Cito: «Cuando estas penosas contradicciones son removidas la pregunta por la esencia (... de la fuerza) no habrá sido contestada, pero nuestras mentes, que ya no estarán incómodas, cesarán de hacer preguntas ilegítimas».[23]

La concepción de la filosofía de Wittgenstein, sin embargo, no se limita a la visión de que resolver problemas filosóficos conlleva exponer contradicciones ocultas. Él se empeñó en poner énfasis en que no hay *un* método en filosofía sino que se necesitan diversas terapias para exorcizar las confusiones debidas a malentendidos de la gramática lógica del lenguaje.[24] Pero yo pienso que la idea expresada en la cita de Hertz se aplica a muchos de los problemas clásicos, no sólo de naturaleza epistemológica (como en el caso de la justificación de la inducción), sino también a problemas metafísicos tales como la existencia del mundo externo o cómo «reconciliar» la libertad con el determinismo. En otras áreas de problemas, como por ejemplo en la ética, la ruta hacia la claridad filosófica puede ser algo diferente.

5. Desde la visión de los problemas filosóficos como perplejidades y de su tratamiento como una actividad terapéutica, se inició un nuevo giro en el desarrollo de la filosofía analítica. Acabó por ser conocido como filosofía del lenguaje ordinario o filosofía lingüística. Floreció teniendo a Oxford como centro desde los años inmediatos a la Segunda Guerra Mundial, durante los cincuenta y sesenta, y por algún tiempo tuvo un epicentro de este lado del Atlántico en Cornell. Pero aunque había venido originariamente de Cambridge en los años treinta nunca enraizó allí profundamente.

---

[23] Texto mecanografiado con número de catálogo TS 227. Heinrich Hertz, *Die Prinzipien der Mechanik.* Ed. por P. Lenard. 2ª ed. Leipzig: Johann Ambrosius Barth, 1910, p. 9.

[24] *PU*, $ 133.

Como ya indica el nombre, la típica filosofía del lenguaje ordinario no se tomó mucho interés en las estructuras conceptuales del lenguaje de la ciencia. En esto difería marcadamente de la tradición de la filosofía analítica que brotó del Círculo de Viena y de los grupos relacionados con él en la Europa continental, pero que habían quedado seriamente dañados o destruidos por los acontecimientos políticos y finalmente por la guerra. Esta tradición sobrevivió en Escandinavia y encontró pronto un baluarte en los Estados Unidos. Aquí vinieron Carnap, Gödel y Tarski, y la creciente influencia de Quine fue la responsable de una fusión gradual del espíritu de Viena con la tradición autóctona americana representada sobre todo por Peirce y el pragmatismo.

Se puede así hablar de una bifurcación de la linea analítica de la filosofía después de la guerra. Una rama había recibido su inspiración más fuerte de Wittgenstein y tendió hacia una visión «separatista» de la relación entre filosofía y ciencia. La otra rama, heredera de la tradición que nació con Russell y el empirismo lógico, favoreció lo que puede llamarse una visión «unitaria» de la relación en cuestión. Pero los filósofos de las dos ramas en absoluto estaban unívocamente divididos sobre el particular.

Quizás el más original, y a la larga también el más influyente, de los filósofos de postguerra de Oxford, fue John Langshaw Austin. Concibió su manera de hacer filosofía como algo que prefiguraba «el nacimiento, a través de los trabajos conjuntos de filósofos, gramáticos y otros numerosos estudiosos del lenguaje, de una verdadera y comprensiva ciencia del lenguaje.»[25] Austin también se refería a ella como «fenomenología lingüística». Su separación de la filosofía sería un paso hacia el emerger de una nueva disciplina a partir de sus orígenes en la filosofía -algo comparable al nacimiento de la sociología y la psicología en el siglo XIX y de la lógica matemática en el siglo XX.

La visión de Austin de una «ciencia comprehensiva del lenguaje» era una quimera si era pensada como algo que iba a comprender también todo aquello distintivamente «filosófico» acerca del lenguaje. Pero ciertamente es verdad que con el declinar de la filosofía del lenguaje ordinario el interés de los filósofos por el lenguaje se ha movido crecientemente en una dirección «científica» o incluso «cientista». Estos desarrollos han impulsado una actitud de asimilación de la filosofía a la ciencia más bien que una separación de la una y la otra. El nuevo giro dado a la lingüística por Chomsky ha jugado un papel decisivo. Viendo las cosas en retrospectiva se podría decir que la lingüística chomskyana significó que la filosofía del lenguaje se

[25] J. L. Austin, «Ifs and Cans». *Proceedings of the British Academy*, vol. XLII, 1956, p. 131 f.

desviara de la filosofía del lenguaje ordinario y efectuara un retorno a un punto de partida que recordaba sorprendentemente al que Wittgenstein había tomado en el *Tractatus*.[26] Pero esta nueva apreciación de la visión del lenguaje del *Tractatus* como una anticipación «precientífica» de ulteriores desarrollos en la lingüística no ha dado un mayor prestigio a la visión de Wittgenstein de la filosofía y su relación con la ciencia. Más bien ha distanciado aún mas al pensamiento contemporáneo de su visión.

6. Mencioné que mi intento de «resolver» el Problema de Hume exigía construcciones formales de alguna complejidad. Cuando estuvieran completas el problema desaparecería resultando haber sido debido a un malentendido. Pero como resultado del trabajo constructivo también quedaba algo. En mi caso era una lógica de las condiciones necesarias y suficientes, una reconstrucción de los cánones de Bacon y Mill de la inducción eliminativa, y una teoría de los efectos de la evidencia acumulada sobre la probabilidad de una generalización o los comienzos de lo que más tarde se conoció como teoría de la confirmación. ¿Eran estas construcciones contribuciones a la filosofía? ¿O sólo a la lógica? Yo diría que eran contribuciones a algo que podría ser llamado «lógica filosófica». Entiendo por esto el uso de herramientas de la lógica formal con el propósito de explicar o reconstruir argumentos y conceptos que son familiares para el pensar ordinario pero que en su forma inexplicada esconden ambigüedades y nonsequiturs, y puede que incluso contradicciones, y por tanto, en la medida en que permanecen inadvertidos y confusos, generan perplejidades filosóficas, es decir, pseudoproblemas.

Otros ejemplos de logros de la lógica filosófica son la lógica modal y sus varios vástagos, como la semántica de los mundos posibles, la lógica de tiempos gramaticales, la lógica deóntica y epistémica. El campo de aplicación de la lógica para propósitos de análisis conceptual parece potencialmente ilimitado, aunque no agota el dominio completo de los conceptos filosóficamente relevantes. En un sentido amplio, la lógica filosófica es semejante a, o una forma de, la exploración analítica para la que Strawson acuñó el nombre de «metafísica descriptiva».[27] En su ámbito caen temas fundamentales de nuestro pensamiento que fueron tratados tradicionalmente bajo el nombre de «metafísica» -temas tales como el espacio y el tiempo, la cosa y la cualidad, la sustancia y la causa, la conciencia, el albedrío, etc.[28] La aplicación de herramientas de la lógica para su clarificación debe

---

[26] Cf. Richard M. MacDonough, *The Argument of the «Tractatus»*. State University of New York Press, 1986, especialmente pgs. 172-183.

[27] P. F. Strawson, *Individuals, An Essay in Descriptive Metaphisics*. London: Methuen & Co. 1959. Para el nombre de «metafísica descriptiva» ver especialmente la introducción.

[28] Cf. Russell, «Logical Atomism», en *Contemporary British Philosophy*. First Series. London: Allen & Unwin, 1924, p. 379 f.

desde luego ser llamada «científica» -incluso aunque no sea ciencia en el sentido de las ciencias naturales o humanas, es decir, ciencia que establece hechos y confronta sus hipótesis y teorías con testimonios de la experiencia extraídos del experimento y la observación.

En sus primeras décadas la corriente principal de la filosofía analítica era de lógica filosófica y actividades muy cercanamente relacionadas con ella. Esta corriente principal no debe mucho a Wittgenstein y puede incluso decirse que tomó más tarde un giro que es opuesto a la visión de Wittgenstein de la naturaleza de la filosofía y su relación con la ciencia. Los últimos desarrollos sintonizan más con la idea de Russell de la lógica como el centro de la filosofía y con aquel ala del Círculo de Viena que siguió Carnap más que Schlick y que cooperó con las florecientes escuelas de lógica de la Polonia prebélica y de otros países de Centroeuropa.

7. El análisis conceptual del tipo representado por la lógica filosófica es todavía un aspecto prominente de la filosofía analítica, pero ya no puede decirse que sea su centro. Desde los últimos sesenta dos diferentes áreas de problemas han tomado su lugar. Son la filosofía del lenguaje y la filosofía de la mente. Ambas han sido influidas decisivamente por desarrollos espectaculares en las ciencias empíricas -la primera por la lingüística, la segunda por la neurociencia (investigación del cerebro). La filosofía analítica temprana tenía lazos más fuertes con la investigación básica en matemáticas y a través de ella también con la lógica. Desarrollos más recientes indican un creciente *acercamiento* entre la filosofía y las ciencias *naturales*. Fronteras que en el pasado eran consideradas claras se han tornado confusas.

El famoso ensayo de Quine «Dos Dogmas del Empirismo», que criticaba la distinción analítico-sintético, fue publicado en los primeros años cincuenta. Pero sus efectos erosionantes sobre un dogma filosófico secular sólo se han hecho plenamente visibles gradualmente. «El conocimiento, la mente y el significado», escribió Quine en los últimos años sesenta,[29] «son parte del mismo mundo con el que tienen que ver» y por tanto «han de ser estudiados con el mismo espíritu empírico que anima a la ciencia natural». «La epistemología», dijo, «se funde con la psicología tanto como con la lingüística».[30]

A este difuminarse de las fronteras entre filosofía y ciencia le acompaña una tendencia a reformar el lenguaje de la filosofía alejándolo de los modos tradicionales de hacer filosofía con conceptos. La tendencia ha sido sobre todo prominente en la filosofía contemporánea de la mente. El habla cotidiana

---

[29] W.V.O. Quine, «Ontological Relativity», *Journal of Philosophy* 65, 1968, p. 185.

[30] W.V.O. Quine, «Epistemology Naturalized», en *Ontological Relativity and Other Essays*. New York: Columbia University Press, p. 89 f.

sobre los fenómenos mentales, sean sensaciones y percepciones, o actitudes como las creencias y las expectativas, o emociones como la agresividad y la simpatía, ha sido etiquetada como una reliquia obsoleta de una preteorética y acientífica «psicología vulgar» (*folk-psycology*) (como ha sido llamada despreciativamente), que será reemplazada en su momento por la terminología de una perfecta neurociencia -un sino parecido se profetiza también para nuestra «física vulgar» (*folk-physics*) sobre los objetos macroscópicos y sus cualidades sensibles.

Estos intentos de alejar el lenguaje filosófico de nuestro acervo heredado de nociones de sentido común ha llevado, y no es sorprendente, a algo que propongo llamar una *rehabilitación de lo especulativo*. La tendencia se hace notar también en las ciencias. La especulación cosmogónica acerca del origen del universo, la dirección del tiempo, la expansión del espacio y la estabilidad de la materia han acabado por estar de alta moda en la ciencia física respetable. Tal especulación supera con frecuencia las fronteras de lo empíricamente verificable, e incluso de lo comprobable, pero suministra un andamiaje teorético para comprender como están unidos los hechos establecidos empíricamente. Satisface así un anhelo que se satisfizo en tiempos por la especulación metafísica y en sus orígenes históricos por el mito y la leyenda.

La lingüística chomskyana puede citarse como otro ejemplo. El propio Chomsky usa para ella el término «cartesiana» y la ve como un revivir de las doctrinas del siglo XVII sobre las capacidades mentales innatas para captar las estructuras gramaticales del lenguaje natural. Sus ideas caen todavía dentro de los confines de la ciencia empírica, pero solo con dificultad puede decirse lo mismo de las visiones mucho más especulativamente violentas de algunos de sus seguidores. Por ejemplo, la visión de que un niño, para aprender a hablar, debe ya tener un «lenguaje del pensamiento» innato, llamado también «mentalese». A partir de una comparación con sus formas innatas el niño reconoce la estructura gramatical del lenguaje hablado en su medio lingüístico y deviene capaz de formar en ese lenguaje sentencias *ad libitum*.[31]

La reemergencia del pensamiento especulativo en la filosofía contemporánea debe verse como un subproducto de los sólidos y al tiempo espectaculares progresos en el estudio empírico, científico, del lenguaje y de las facultades cognitivas del hombre. Estos desarrollos han estimulado una necesidad de *explicar* los hallazgos empíricos, inventando para ellos un nuevo marco teorético. Se puede llamar a esta necesidad de nuevos marcos un retorno a la metafísica. Y se puede constrastar la emergencia de esta metafísica

[31] J. Fodor, *The Languaje of Thought.* New York: Thomas Y. Crowell, 1975, pg. 65 y *passim*.

inspirada en la ciencia o cientista en el seno de la filosofía analítica con el tipo de investigación conceptual que llamé previamente metafísica *gramática*, o siguiendo a Strawson, *descriptiva*.

La nueva metafísica atribuye a la filosofía un rol *explicativo*. Pero tejer redes metafísicas con el objeto de explicar fenómenos científicos acaba solo por ser, en la visión de Wittgenstein, lo que llama *Luftgebäude*[32] o «castillos de naipes», que se vendrán abajo cuando las palabras con las que están construidos hayan sido devueltas desde su uso metafísico a su uso cotidiano. Éste es el fondo de la insistencia de Wittgenstein en que toda explicación y teorización deber ser exorcizada de la filosofía, de que la filosofía seria es puramente descriptiva y tiene como meta dar una presentación clara del uso real del lenguaje. En el *Blue Book* habló contra las tendencias científicas que ya entonces se hacían notar, pero que solo más tarde fueron dominantes en filosofía:

> «Los filósofos ven constantemente el método de la ciencia ante sus ojos, y son irresistiblemente tentados a preguntar y responder cuestiones del modo en que la ciencia lo hace. Esta tendencia es la fuente real de la metafísica, y lleva al filósofo a la oscuridad completa»[33]

8. Con la filosofía analítica haciéndose crecientemente científica, la metafísica ha vuelto, *pace* los intentos de Carnap y los positivistas lógicos de la «Überwindung der Metaphysik durch Analyse der Sprache». Y la teorización explicativa sobre el lenguaje y la mente ha venido a prosperar *pace* Wittgenstein y la filosofía del lenguaje ordinario. Estos desarrollos, sin embargo, son en una gran medida el salir a la palestra de tendencias contradictorias que estaban implícitas allí desde los tempranos días de la tradición analítica. Una de tales tensiones internas era la que había entre lo que he llamado la visión russelliana y la visión Wittgensteiniana de la relación entre filosofía y ciencia.

En un número reciente de la revista *Daedalus* el Profesor Hilary Putnam habla de una «curiosa inversión de roles» que tuvo lugar cuando «la filosofía analítica, después de haberse concebido a sí misma como anti-metafísica durante el periodo positivista, vino a ser el movimiento más orgullosamente metafísico de la escena filosófica mundial»[34]. Esto es un diagnóstico digno de mención de la situación prevaleciente.

Debemos sin embargo dejar a un lado los prejuicios y preguntar: ¿Hay algo de malo en que la filosofía analítica se haga, en el sentido explicado, especulativa

---

[32] PU $ 118.

[33] *The Blue and Brown Books*. Ed. por R. Rhees. Oxford: Basil Blackwell, 1958, p. 18.

[34] Hilary Putnam, «A Half Century of Philosophy, Wiewed from Within». *Daedalus* 126 (1), invierno, 1997, p. 189.

y metafísica? No estoy diciendo que lo haya necesariamente. La metafísica racionalista del siglo XVII dio como resultado algunos de los más grandes logros de toda la historia del pensamiento humano. Muchos de sus protagonistas fertilizaron inmensamente el desarrollo de las ciencias empíricas. ¿No puede algo similar llegar a ser válido también para la influencia de la filosofía del lenguaje y de la filosofía de la mente sobre el desarrollo futuro de la lingüística, la investigación cerebral y la ciencia cognitiva? Yo no mantendría que esto es una cosa imposible. Pero la diferencia con la imagen propia de la filosofía analítica más temprana de este siglo será profunda.

9. Se oye decir que la filosofía analítica está en una fase de declive -o incluso que está muerta. (Cf. antes, p. 7). Pero también es un hecho que con la globalización de la racionalidad occidental la filosofía analítica ha difundido su influencia a espacios culturales donde antes no estaba en su casa. Por razones naturales este proceso de difusión significa también una asimilación recíproca de influencias extrañas en la gran corriente analítica -y esto, creo, es responsable en parte de la impresión de que la filosofía analítica ya no es una entidad identificable.

Así, por ejemplo, llevó un tiempo sorprendentemente largo el que la tendencia analítica volviera después de la guerra al continente europeo, donde después de todo había estado como en su casa y había florecido en los tiempos anteriores a la guerra. A lo largo de un periodo de varias décadas el existencialismo, la fenomenología, la hermenéutica, la filosofía social y política con raíces en una tradición hegelo-marxista fueron los principales actores de la escena filosófica europea. Sólo la Europa del norte permaneció predominantemente analítica debido en parte a la orientación fuertemente anglófila de sus países.

En tiempos estaba de moda contrastar la filosofía angloamericana con la filosofía «continental», siendo ésta segunda un manojo bastante mezclado de las otras tradiciones y tendencias mencionadas. Pero este contraste resulta crecientemente obsoleto. La «filosofía continental», sin excluir la que está a la sombra de Heidegger, ha cruzado el Atlántico, y en el continente europeo la filosofía analítica o está experimentando un retomo o es una nueva moda. Asociaciones de filosofía analítica fundadas recientemente están creciendo por todos lados. El tiempo en que los partidarios de diferentes escuelas de filosofía eran como los miembros de tribus extrañas que se miraban entre sí con sospechas e incomprensión, o incluso con desprecio, parece un fenómeno del (no muy remoto) pasado, pues ahora el clima dominante de opinión tiende, a mi juicio, más bien a una uniformidad ecléctica poco motivadora.

¿Desembocará este eclecticismo en una «globalización» de nuestra *paideia* filosófica, en una concepción filosófica del orden del mundo y de las

relaciones humanas compartidas universalmente? Creo improbable esta perspectiva -y no muy atractiva tampoco, por decirlo todo. Lo mejor que puedo esperar de estos desarrollos es una creciente fertilización intelectual recíproca de ideas originadas en diferentes tradiciones culturales.

Un desarrollo interesante y prometedor es también el hecho de que la filosofía que todavía mantiene un aroma distintivamente analítico se ha hecho más y más consciente de su ascendencia histórica. Las técnicas y tipos de argumentación lógico-analíticos están siendo aplicados para explicar críticamente la filosofía occidental antigua, medieval y post-renacentista. ¿Refleja esta «vuelta al pasado» un agotamiento de nuevas ideas y fuerza creativa? Quizás. Pero se puede también ver esto como *una* manera en la que una tradición filosófica en un tiempo floreciente -aquí la lógico-analítica- se desvanece gradualmente.

10. El miembro del Círculo de Viena cuya actitud filosófica se acercó más a la de Wittgenstein fue Moritz Schlick. En el primer número mismo de *Erkenntnis* publicó un ensayo con el título de «Die Wende der Phylosophie» («El giro en filosofía»). Ilustra tiernamente el *ethos* de un movimiento que se pensó a sí mismo como la *avantgarde* de una revolución en el pensamiento -el mismo ethos que también caracterizó a la «filosofía del lenguaje ordinario» en los primeros años de la postguerra.

En su ensayo Schlick subraya la naturaleza lingüística de los problemas filosóficos, su solución a través de la clarificación del significado y no mediante el establecimiento de hechos o de la teorización sobre cómo se relacionan los hechos entre sí. Divisa un tiempo en el que esta actividad clarificadora haya alcanzado un estadio en el que no sea necesario proseguirla más allá porque, como dice el autor, «la gente hablará acerca de todas las cosas filosóficamente, es decir, con sentido y claridad».[35] Ese «Wende» («Cambio») en filosofía iba así a resultar en su momento el «Ende» («Fin») de la filosofía, o sea, un estado en el que los problemas hubieran sido planteados «de un modo absolutamente final y último».[36]

¿Es éste un panorama posible? El propio Wittgenstein dio una respuesta a esta pregunta en algo que escribió en los primeros años treinta.[37] La razón por la que los problemas de la filosofía estarán perpetuamente con nosotros

[35] Moritz Schlick «Die Wende der Philosophie», *Erkenntnis* 1, 1929. p. 11: «Dann wird es nicht mehr nötig sein, über "Philosophische Fragen" zu sprechen, weil man über alle Fragen philosophisch sprechen kann, das heisst: sinnvoll und klar» («Entonces no será ya necesario hablar de «cuestiones filosóficas» porque se puede hablar sobre todas las cuestiones filosóficamente, es decir, con sentido y claridad».

[36] Schlick, «The Future of Philosophy», en Moritz Schlick, *Philosophical Papers*, Vol II (1925-1936), Dordreccht/Holland: D. Reidel Publishing Co., 1980, p. 171.

[37] MS 111, p. 133, 1931. *Culture and Value*, rev. ed., Oxford: Basil Blackwell, 1998, p. 22.

es que nuestro lenguaje «ha permanecido el mismo y sigue seduciéndonos para que preguntemos las mismas preguntas». Con una alusión a Lichtenberg, el aforista del siglo XVIII tan extrañamente parecido a él mismo, Wittgenstein escribe: «Cuando hablo sobre el lenguaje (palabras, oraciones, etc.) debo hablar el lenguaje cotidiano».[38] En las palabras de Lichtenberg: «Die Philosophie ist, wenn sie spricht, immer genötigt, die Sprache der Unphilosophie zu reden».[39] Esto es así porque el lenguaje no puede transcender sus propios límites *en lenguaje*. Por tanto ninguna reforma del lenguaje -por ejemplo el abandono de nuestro modo heredado de hablar del tipo «psicología vulgar» o «física vulgar»- nos salvará de estar atrapados en perplejidades filosóficas. El papel de la filosofía como una guía para perplejos siempre estará ahí para ser cumplido.

Pero hay un resultado alternativo de la profecía de Schlick que también merece consideración. Se refiere al lugar y el papel de la filosofía como un fenómeno de la cultura humana.

Reflexionando sobre su propia obra filosófica, Wittgenstein comentó una vez acerca de un tema musical, inventado por él, con las palabras «Yo destruyo, Yo destruyo, Yo destruyo».[40] Esto me hace pensar que si una visión wittgensteniana de la naturaleza de las perplejidades filosóficas y de como habérselas con ellas llegara a prevalecer en la comunidad intelectual, esto no podría dejar de afectar nuestra visión de todo el legado occidental en filosofía -desde los presocráticos al día de hoy. ¿No perdería entonces la filosofía mucho del prestigio y grandeza que ha disfrutado tradicionalmente como empresa de la mente humana? «¿De dónde obtienen nuestras consideraciones su importancia», se preguntó Wittgenstein una vez, «si todo lo que la filosofía puede hacer es destruir ídolos» y con ello, según parece, «todo aquello que es de interés, es decir todo aquello grande e importante. (Todos los edificios; dejando solo piedras rotas y escombros.)?»[41] Si las tentativas

---

[38] *PU*, $ 120

[39] G. Chr. Lichtenberg, *Vermisclue Schriften*, Vol. 2, p. 66 («La filosofía siempre está obligada cuando habla a hablar el lenguaje de la no filosofía»).

[40] MS 154, 1931, p. 25. *Culture and Value*, ed. rev. p. 19.

[41] *Cf. Philosophie*. Editada a partir de TS 213 por Heikki Nyman. *Revue Internationale de philosophie*, Nr 169, 1989. «Alles was die Philosophie tun kann ist, Götzen zerstören. Und dass heisst, keine neuen -etwa in der «Abwesenheit eines Götzen»- zu schaffen» (Ib. p. 184): «Woher nimmt die Betrachtung ihre Wichtigkeit, da sie doch nur alles Interessante, d.h. alles Grosse und Wichtige, zu zerstören scheint? (Gleichsam alle Bauwerke; indem sie nur Steinbrocken und Schutt übrig lässt)» (Ib. 182) («Todo lo que la filosofía puede hacer es destruir ídolos. Y eso significa no crear nada nuevo -algo en ausencia de un ídolo» (Ib. p. 184) «¿De dónde saca la reflexión su importancia, pues parece destruir todo lo interesante, es decir, todo lo grande e importante? (En cierto modo todos los edificios; dejando sólo como resto cascotes y escombros» (Ib. p. 184).

de una metafísica explicativa no son sino imitaciones falsas de la ciencia sólida, ¿no deberían ser desenmascaradas como tales en lugar de ser honradas como versiones múltiples de una «filosofía primera»? El resultado sería entonces una *deconstrucción* de la pretendida verdad filosófica. Vista desde esta perspectiva, la visión de la filosofía de Wittgenstein puede decirse que lleva a hacer del giro en filosofía un estado terminal de la disciplina entera.

Admitir esto como posibilidad es, creo, una contribución no poco importante a la autocomprensión de los que fuimos criados y hemos estado trabajando en la tradición de la filosofía analítica. Como ha señalado un observador perspicaz de la situación contemporánea de la filosofía, deconstruir el legado filosófico del occidente significa que «la filosofía ha perdido la gracia», y «ya no es la Reina de las Ciencias», sino que pertenece «a una era de desilusión».[42] Esto no pondría fin a la empresa racional como tal; la ciencia y la tecnología continuarían probablemente su progreso triunfal. Pero la dimensión de la actividad cognitiva humana que yo llamo *comprensión* continuaría en su atrofia bajo el impacto de la hipertrofia del conocimiento y de la capacidad de interferir organizadamente con las condiciones externas de la vida basada en ese conocimiento. Esto es lo que al principio de mi ensayo llamé «racionalidad discursiva incontrolada» y que para tantos intelectuales de hoy ha acabado por ser un tema de preocupación sobre el futuro de nuestro planeta como hogar de hombres ilustrados.

[42] P.M.S. Hacker. *Wittgenstein's Place in the Twentieth-Century Analytical Philosophy*, Oxford: Blackwell, 1996, p. 117.

IDENTIFICACIÓN Y DINÁMICA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS

SOBRE OBSERVADORES Y PARTICIPANTES

1. En un brillante artículo Juan Carlos Bayón[1] defiende la tesis, hoy bastante difundida -casi diría de moda- entre los filósofos del derecho, según la cual el derecho identificado por un observador no es el mismo derecho que identifica un participante. En el presente trabajo trataré de analizar en detalle la tesis de Bayón. Lo hago por dos motivos: primero, porque considero que esta tesis es errónea y segundo, porque Bayón es uno de los filósofos del derecho más destacados de España y su presentación de la tesis es un ejemplo de claridad, lo que no siempre ocurre con los pensadores de la corriente a la que (lamentablemente) adhiere Bayón. Digo que la tesis es errónea pero no es nada fácil advertir en qué reside el error, y darse cuenta del porqué la tesis es errónea implica un importante avance en la comprensión del fenómeno jurídico. En otras palabras, no se trata de un error baladí, sino de un error fecundo e importante.

2. Bayón se propone expresamente refutar lo que él llama la *tesis de la identificación objetiva del derecho* que consiste en sostener que «sobre la verdad del enunciado"La norma A es derecho válido en el sistema X", entre el punto de vista de un observador mínimamente informado y el del identificado con el sistema *tiene* que haber coincidencia porque su posición ante ese sistema es irrelevante *a efectos cognitivos*».[2]

Esta tesis -que Bayón adjudica con toda razón al positivismo jurídico se basa, según él, en una serie de malentendidos y es en último término insostenible.

---

[1] J. C. Bayón, «Participantes, observadores e identificación del derecho», ponencia presentada al 1er Congreso Italo-Español de Teoría Analítica del Derecho «Estructura y dinámica de los sistemas jurídicos», Imperia, abril de 1995, publicada en italiano (traducción de Riccardo Guastini) en *Struttura e dinamica dei sistemai guiridici, a cura di* P. Comanducci e Riccardo Guastini, G. Giappichelli Editore, Torino 1996.

[2] Francisco J. Laporta, «Derecho y moral: vindicación del observador crítico y aporía del iusnaturalista», *Doxa* 8 (1990), 131-147.

Bayón comienza por presentar un modelo simplificado: una comunidad sin autoridades, en la que sólo hay reglas sociales consuetudinarias. Supongamos que un observador, tras haber estudiado durante un buen rato los comportamientos de los integrantes de esa comunidad y haber comprobado que muy pocas veces se mata a un ser humano y las pocas veces que esto ocurre se producen reacciones críticas, que no son objeto, a su vez, de reacciones críticas, llega a la conclusión de que ellos aceptan la regla «Prohibido matar seres humanos». En consecuencia, afirma «Existe la regla social "prohibido matar seres humanos "». Ahora bien, si nuestro observador preguntara a los indígenas qué regla aceptan, es posible que recibiera respuestas bien distintas. Lo que algunos de ellos aceptan es una regla más amplia («Prohibido matar cualquier ser vivo con capacidad de sufrir») y otros, una regla más restringida («Prohibido matar a miembros de nuestra tribu»). ¿Cuál es entonces la regla social «*existente*»? se pregunta Bayón. Lo único que hay es una constelación de reglas -operativas en la mente de diferentes individuos- que se solapan o convergen parcialmente, a las que llamaremos N_1, N_2... N_n. En cambio, la regla social existente identificable como tal desde el punto de vista de un observador es *otra* regla N_0 recortada precisamente sobre el área en que se solapan o convergen las reglas N_1, N_2... N_n y que puede no coincidir con ninguna de ellas. De allí se desprende que la regla social que «existe» para el observador es distinta de las múltiples reglas sociales que manejan los participantes.

3. Bayón señala una «dificultad adicional» que se plantea al observador que quiere identificar las reglas sociales. Esta dificultad proviene de la «intrincada relación entre normas y lenguaje»: lo que los individuos aceptan son normas y no meras formulaciones normativas. Normas son contenidos significativos que se obtienen por abstracción de las expresiones lingüísticas usadas para formularlas (formulaciones normativas). Si bien las normas sólo son expresables mediante el lenguaje, no tenemos acceso directo a las normas, es decir, a los significados de las expresiones lingüísticas; en forma directa sólo podemos conocer los enunciados mediante los cuales los participantes verbalizan sus actitudes normativas.

Ahora bien, para establecer el significado de un enunciado hay que usar reglas semánticas de designación de los términos descriptivos del lenguaje. Es claro que el observador ansioso de identificar las reglas sociales existentes debe usar las mismas reglas semánticas que los participantes. Pero no hay ninguna garantía de que todos los participantes usen las mismas reglas semánticas. (Cabe agregar que tampoco hay garantía alguna de que los mismos individuos usen las mismas reglas semánticas en momentos diferentes.) En otras palabras, no hay un conjunto perfectamente idéntico de reglas de designación que los usuarios del lenguaje comparten. Las reglas semánticas

pueden variar y de hecho varían de un usuario a otro (y de un momento temporal a otro; este agregado le debo a Germán Sucar). Esto significa que el observador no puede aspirar más que a la formulación de una regla semántica «RS_0» que recoja el núcleo central en el cual convergen las distintas reglas semánticas N_1, N_2... N_n, usadas por los participantes. Tenemos aquí la misma situación que en el caso de las reglas sociales.

4. Tengo la impresión de que calificar esta dificultad de «adicional» es un eufemismo. Me parece que se trata de un problema de capital importancia, que conviene analizar en detalle. La tesis de Bayón respecto del lenguaje admite por lo menos dos interpretaciones: una fuerte y una débil.

Trataré de mostrar que en la interpretación fuerte la tesis de Bayón lleva a consecuencias totalmente inaceptables y que en su interpretación débil esa tesis resulta casi trivial.

La interpretación fuerte consiste en tomar en serio la afirmación de Bayón de que «las reglas semánticas usadas por cada miembro de una comunidad de hablantes son inasibles o inalcanzables para un observador». Esto implica que son igualmente inasibles o inalcanzables para los demás miembros de la comunidad. De ahí se sigue que no hay un lenguaje común a los integrantes del grupo social y toda comunicación, tanto entre los miembros del grupo, como entre ellos y el observador, se toma no sólo problemática, sino imposible. En rigor, cada hablante usa un lenguaje privado, inaccesible para los demás. No puedo discutir aquí el problema de la posibilidad de un lenguaje privado, pero aún suponiendo que tal lenguaje fuese posible, la tesis de Bayón (en su interpretación fuerte) nos llevaría a un subjetivismo extremo, bastante más radical que el idealismo de Berkeley.

Dudo mucho que Bayón, a pesar de expresar cierta simpatía por lo que él llama «subjetivismo epistemológico», estaría dispuesto a aceptar todas las consecuencias de un subjetivismo tan radical. Porque en tal caso no sólo no habría reglas sociales, sino tampoco habría objetos físicos: árboles, casas, perros... Pues si no tenemos un lenguaje común, ¿cómo podemos saber si nuestros congéneres ven el mismo árbol que veo yo desde mi ventana? No cabe duda de que las sensaciones visuales que tienen varias personas que miran en esa dirección son distintas, pero a pesar de tener sensaciones distintas, decimos que vemos el mismo árbol y que las diferencias se deben a distintas posiciones de los observadores, a la incidencia de la luz, etc. Esto es posible porque podemos preguntar a los observadores qué es lo que ven y si las respuestas son coincidentes, si dicen que ven un árbol con hojas verdes, con un tronco gris, de tal forma, etc., decimos que hay allí un árbol. Si las respuestas no coinciden (por ejemplo, si yo veo que las hojas son verdes y mi amigo dice que son amarillas), esto se atribuye a algún factor de perturbación en el observador (un defecto de la visión como daltonismo

o una enfermedad como ictericia). Pero si no tenemos un lenguaje compartido, si es imposible descubrir a qué se refiere el otro cuando usa términos como «árbol», «hoja» o «verde», porque las reglas de designación de esos términos son inaccesibles para mí, no hay tal cosa como objetos físicos que permanecen idénticos para distintos observadores, pese a que éstos últimos tienen sensaciones visuales diferentes.

La tesis fuerte de Bayón va mucho más allá del «subjetivismo epistemológico» que concibe los objetos físicos como construcciones lógicas a partir de datos sensoriales. Para hablar de construcciones lógicas es condición necesaria poder comparar los datos sensoriales de distintos sujetos: si el árbol que yo veo en el jardín no es más que una construcción conceptual de una imagen visual I_0 que recoge el área de convergencia de las distintas imágenes I_1, I_2... I_n, que se forman en la retina de distintos observadores (complementada con las correspondientes sensaciones táctiles, olfativas, etc.), entonces no hay objetos físicos ni siquiera como construcciones conceptuales, si no se puede comparar los distintos datos sensoriales. Y si no hay un lenguaje común, no es posible tal comparación.

La estrategia de Bayón para demostrar que el derecho identificado por un observador es distinto del derecho que identifica cada participante, esto es, para probar la falsedad de la tesis de la identificación objetiva del derecho, consiste en mostrar que las reglas sociales existentes no son «hechos dados», sino construcciones conceptuales del observador. Ahora bien, usando el mismo argumento que emplea Bayón se podría demostrar que no hay árboles como «hecho dado», que sólo hay distintos conceptos de árbol operativos en las mentes de los individuos que convergen en parte y un observador sólo puede construir un concepto de árbol que recorte el área de coincidencia y que, por lo tanto, es distinto de los árboles de los que hablan los participantes. Sin embargo, aunque el concepto de árbol es vago y esto quiere decir que pueden producirse discrepancias respecto de casos atípicos entre los hablantes de un mismo lenguaje, esto no implica que no haya un concepto de árbol común a ellos. Si para la existencia de un significado (concepto) compartido exigiéramos coincidencia total, no habría conceptos compartidos.

Si aceptamos la tesis de Bayón en su versión fuerte, resultaría no sólo que todos los objetos que nos rodean, las casas, los árboles y los perros tampoco son «hechos dados», sino que -al igual que las reglas sociales- ni siquiera son construcciones conceptuales. En consecuencia, la tesis de la igualdad de posibilidades epistémicas que Bayón juzga correcta y que dice que «*dado un hecho* el conocimiento del mismo es una cosa y la actitud práctica que se adopte ante él otra distinta, y que por ello mismo constituye un serio error mezclar ambas cuestiones» pierde todo sentido, puesto que

para la concepción de Bayón (en su interpretación fuerte) no habría nunca «hechos dados» y lo que es más grave ni siquiera habría construcciones conceptuales.

Pero hay más. Si realmente las reglas semánticas del lenguaje que usa un hablante son inaccesibles para los demás, surge la pregunta: ¿cómo puede el observador saber qué reglas aceptan los distintos participantes? ¿Cómo sabe que la regla R_0 que él construye recoge el área de convergencia y unión de las reglas que operan en las mentes de los participantes? Evidentemente sin lenguaje común no hay comunicación y sin comunicación es imposible saber qué ocurre en la mente del otro. Pienso que estas consecuencias convierten en insostenible la tesis fuerte de Bayón.

5. En la interpretación débil, la tesis de Bayón consiste en afirmar que no hay coincidencia total entre las reglas semánticas del lenguaje que usan los distintos hablantes y que esas reglas no son *completamente* accesibles para el observador y, por ende, para los otros hablantes.[3] En esta versión de la tesis habría un lenguaje compartido, pero ese lenguaje común estaría teñido por un matiz de subjetividad irremediable. Habría coincidencias, pero nunca habría coincidencias completas. Esto parece ser suficiente para sustentar la tesis de Bayón acerca de la radical diferencia entre las reglas que acepta cada uno de los participantes y la regla que construye a partir de aquéllas el observador.

Creo, sin embargo, que Bayón parte de una hipótesis equivocada. La distinción entre observadores y participantes no es tan absoluta y tajante como la presenta Bayón. Para decirlo en una forma muy comprimida: en una sociedad, si bien puede haber observadores puros, no hay tal cosa como un participante puro, porque *todo participante es también un observador*. Cabe recordar que estamos hablando de una comunidad, un grupo social, cuyos miembros no son ermitaños que viven en cuevas distantes entre sí, sino que están en permanente contacto unos con otros. Y este contacto supone algún tipo de comunicación, es decir, un lenguaje común que ellos -aunque en forma imperfecta- comparten.

No hay que olvidar que lo que los distintos aceptantes aceptan no son reglas puramente subjetivas que sólo valen para ellos, sino *reglas sociales*, es decir, reglas que el aceptante cree que son aceptadas por todos o por lo menos por la mayoría de los miembros del grupo social. ¿En qué se sustenta

[3] Bayón dice textualmente: «Y, en sentido estricto, las reglas semánticas usadas por cada miembro de una comunidad de hablantes son inasibles o inalcanzables para un observador, puesto que, por un lado, la contemplación del modo en que las usa no permite su identificación completa; y, por el otro, el intento por parte de quien las usa de expresarlas no puede realizarse más que, a través de un lenguaje que a su vez ha de ser interpretado». Esto parece sugerir la posibilidad de una identificación incompleta.

esta creencia? Obviamente en su observación de lo que dicen y hacen sus congéneres. En otras palabras, todo participante observa permanentemente el comportamiento de los demás participantes y, en consecuencia, corrige su versión de las reglas aceptadas por él en función de lo que dicen y hacen los demás miembros del grupo y de las reglas que ellos aceptan o dicen aceptar. En consecuencia, no hay tal cosa como R_1, una regla que el participante acepta de una vez para siempre. Lo que hay es un permanente proceso de identificación de la regla en el transcurso del cual el aceptante modifica la regla aceptada por él en consonancia con las reglas aceptadas por otros participantes, es decir, R_1 tiende a converger, con el tiempo, con las reglas que aceptan otros miembros del grupo (R_2... R_n), lo cual quiere decir que todas estas reglas que en un principio eran tal vez bastante diferentes se aproximan con el tiempo cada vez más para volverse prácticamente indistinguibles. Como este proceso se opera en todos los miembros de la comunidad, las reglas que cada uno de ellos acepta tienden a unificarse. Por lo tanto, la regla N_0 del observador no difiere mayormente de las reglas de los aceptantes.

Así en el caso de la comunidad primitiva de Bayón el participante que al comienzo aceptaba la regla más amplia («Prohibido matar seres vivos con capacidad de sufrimiento»), al observar que sus congéneres matan alegremente mosquitos, cucarachas y vacas, corrige su regla, admitiendo que los seres vivos que no sean humanos no entran en el ámbito de la prohibición de la regla. También es muy probable que el otro participante que originariamente aceptaba la versión restringida de la regla («Prohibido matar a los miembros de mi tribu»), con el tiempo corrija su versión de la regla, incluyendo en su ámbito de prohibición a tribus vecinas y, más tarde, a todos los seres humanos. Para acelerar este proceso de unificación suelen introducirse dos instituciones básicas en la vida jurídica de una comunidad: una legislatura que promulga formalmente las reglas generales y los jueces que, al aplicar las reglas generales a casos concretos, deciden en cada caso cómo han de ser interpretadas esas reglas. La formulación oficial de las reglas mitiga, pero no soluciona el problema, pues sólo le da certeza a la formulación normativa, pero queda abierta la cuestión de saber qué norma es expresada en esa formulación. Para saber esto último hay que interpretar la formulación normativa, es decir, asignarle un significado definido y no queda excluida la posibilidad de que distintos intérpretes (o los mismos intérpretes en distintas ocasiones) atribuyan normas diferentes a la misma formulación normativa. Pero esto ocurre con todas las expresiones lingüísticas: siempre es posible que distintos hablantes atribuyan a un término o a una oración un significado algo diferente. Esto no impide que tengan un lenguaje compartido, siempre que las diferencias sean menores que las coincidencias. Lo

que se requiere para la existencia de un lenguaje común es que haya un núcleo central coincidente, aún cuando este núcleo esté envuelto en un halo de indeterminación donde puede haber discrepancias.

Tiene razón Bayón en sostener que este problema se presenta por igual para las normas consuetudinarias y para las directivas promulgadas oficialmente por las autoridades (normas legisladas). Dicho sea de paso, no me es claro por qué Bayón considera que éstas últimas constituyen «el nivel más superficial del fenómeno social que representa el derecho» y que no es posible su comprensión «si no se toman en cuenta las densas y complejas prácticas sociales que subyacen a la emisión y aplicación de aquellas directivas». Ciertamente no comparto esta idea y tengo una fuerte sospecha de que es la tesis opuesta la que se acerca más a la verdad. Pues por razones metodológicas (y tal vez temperamentales) me parece que siempre conviene comenzar por lo más sencillo y claro y no por lo complejo y denso. Pero sea cual fuere la situación, lo cierto es que el problema de la identificación de las normas jurídicas vigentes en una comunidad es igual o muy parecido para las normas consuetudinarias y para las normas legisladas, precisamente por las razones dadas por Bayón: porque si por normas entendemos no meras formulaciones normativas, sino sus significados, la identificación de las normas legisladas depende de las reglas semánticas del lenguaje usado y éstas ultimas no son más que una especie de reglas sociales y, por lo tanto, comparten los mismos problemas que se suscitan respecto de la identificación de las reglas prescriptivas consuetudinarias.

En ambos casos -sea que se trate de formular normas consuetudinarias o de interpretar normas formuladas oficialmente- este proceso de unificación requiere un tiempo a veces largo y la coincidencia tal vez no llegue nunca a ser perfecta. Sin embargo, lo fundamental es esta coincidencia básica acerca de la norma, es decir acerca del significado que se atribuye a la formulación normativa (sea ésta una formulación «oficial» de la autoridad legislativa o una formulación extraoficial de una norma consuetudinaria).

6. Acabo de decir que a pesar de este proceso de aproximación progresiva pueden subsistir algunas diferencias entre la regla que acepta un participante y las que aceptan otros participantes y, por lo tanto, en tal caso habrá una diferencia entre esas reglas y la regla N_0 del observador. Esto suena a la admisión de la tesis de Bayón, tal vez en forma algo atenuada. Para ver que esto no es así, tenemos que aclarar bien en qué consiste esa diferencia remanente entre las reglas de los distintos participantes. Esta diferencia -cuando la hay- se manifiesta únicamente en la aplicación de la regla a casos marginales o atípicos. Respecto de los casos claros no hay ninguna diferencia; todos estarán de acuerdo en la aplicación o no de la regla. En los casos marginales o casos de penumbra (para usar una expresión feliz de

Hart) pueden surgir diferencias. Pero esto no autoriza a sostener que se trata de diferentes reglas. Dicho en otras palabras, se trata aquí del conocido fenómeno de la vaguedad o textura abierta del lenguaje: todos los términos descriptivos del lenguaje, es decir, todas las expresiones que se usan para referirse a la realidad son en mayor o menor medida (al menos potencialmente) vagas. Pero esto sólo significa que pueden presentarse (o imaginarse) casos atípicos en los que no se sabe si la norma se aplica o no. El término «matar», por ejemplo, es ciertamente vago en este sentido. Esto no quiere decir que uno no conoce el significado de esa palabra; todos coincidimos en que clavar un cuchillo en el corazón del otro o colocar una bomba en el avión que luego explota en vuelo es matar. Sin duda, pueden presentarse casos dudosos, en los que pueden surgir discrepancias. ¿Es matar dejar que un campesino indio se muera de hambre sin ayudarle? ¿Mata el que no impide que otro tome un avión del que sabe que tiene desperfectos y el otro muere a causa de un accidente? Es posible que estos casos sean resueltos de manera diferente por los distintos aceptantes de la norma «Prohibido matar seres humanos». Pero esto no autoriza a sostener que no existe un significado «objetivo» de la palabra «matar», compartido por los hablantes de un lenguaje, ni se puede concluir que los diferentes hablantes tienen distintos conceptos de matar.

Para la existencia de reglas sociales, sean éstas consuetudinarias o legisladas, es esencial la existencia de un acuerdo sobre los casos claros que caen dentro del núcleo central de la norma. Esto ocurre no sólo con todas las reglas sociales, tanto prescriptivas, como conceptuales, sino con todos los conceptos (descriptivos) de nuestro lenguaje. Así como la vaguedad del concepto de mesa no impide decir que existen mesas, como la que tengo enfrente en estos momentos (que claramente es un «hecho dado»), la vaguedad del concepto de norma no impide hablar de normas existentes. Y las posibles discrepancias respecto de situaciones atípicas no prueban más que eso: que el concepto de norma es vago. Pero no prueba en absoluto que el observador tenga un concepto de norma (o de mesa) distinto del que manejan los participantes.

Por consiguiente, la tesis de Bayón (en su variante débil) se reduce en última instancia a la comprobación de que el concepto de norma adolece de vaguedad. Esto no parece ser una novedad muy excitante.

DINÁMICA DE SISTEMAS Y PERSISTENCIA DE NORMAS JURÍDICAS

I. Una mutua incomprensión

El estudio del Derecho es susceptible de ser afrontado desde distintos niveles. Por un lado, la llamada dogmática jurídica pretende analizar las normas jurídicas pertenecientes a alguna rama del Derecho previamente delimitada e intenta presentar, a través de ciertas distinciones conceptuales, una visión sistemática de tales normas. Por otro lado, la teoría general del Derecho no analiza las normas de una u otra rama del Derecho, sino los conceptos generales que pueden ser o que de hecho son utilizados por varias de las disciplinas particulares. Si esto es así, pareciera ser que ambos niveles de análisis no son totalmente independientes. Se encontrarían en realidad relacionados en virtud de una escala de abstracción. La dogmática realiza un estudio a un nivel bajo de abstracción, pero debe utilizar ciertos conceptos compartidos por las distintas disciplinas dogmáticas. Estos conceptos generales serían proporcionados por la teoría general del Derecho, puesto que ésta se movería en un nivel más alto de abstracción.

Planteada la cuestión en esos términos, parece que ambos tipos de estudio se necesitan recíprocamente y están condenados a entenderse. Sin embargo, la realidad es algo distinta. Los dogmáticos acusan a los teóricos de proporcionar instrumentos de análisis muy sofisticados, pero inútiles para su cometido; los teóricos acusan a los dogmáticos de no saber aprovechar el instrumental conceptual que la teoría les ofrece.

Lo cierto es que, como suele suceder en estos casos, ambas posiciones tienen su parte de razón. En efecto, en la teoría del Derecho hay la tendencia cada vez más acusada en algunos de sus cultivadores, a lo que podría denominarse la «autogeneración de problemas». Se construye un modelo que intenta, en principio, dar cuenta de algunos problemas que plantea el Derecho y la dogmática. Con el tiempo, el modelo se perfecciona a través de una serie de análisis que aportan cada vez mayores distinciones y una mayor precisión en la formulación. Pero llega un momento en que se corre el peligro de perder el referente y la función originaria del modelo. Se discuten únicamente problemas que genera el modelo, pero ya no los problemas que

genera el Derecho o la dogmática. Esta circunstancia da pie a que los dogmáticos se distancien de los trabajos de teoría general, puesto que éstos, según ellos, ya no les son útiles. Por otro lado, los teóricos del Derecho entienden que sus estudios ayudarían a conseguir una mayor precisión en la formulación y resolución de los problemas que se plantean los dogmáticos, pero que éstos no los utilizan debido a su complejidad y por el esfuerzo suplementario que se les exigiría. Esta mutua incomprensión genera una dinámica de retroalimentación que amenaza la posibilidad de acuerdo. Así, cuanto más se acusa a la teoría del Derecho de ser inútil para la dogmática más se encierra aquélla en su torre de marfil; cuanto más se acusa a la dogmática de no atender a la teoría del Derecho, más prescinde aquélla de ésta por considerarla cada vez más inútil.

Si no se desea que esta mutua incomprensión degenere en cortocircuito, son necesarias obras de teoría del Derecho que proporcionen los instrumentos conceptuales necesarios a la dogmática para resolver algunos de sus problemas con mayor precisión y rigor, pero sin olvidar las intuiciones de los dogmáticos, aunque éstas estén formuladas en terminología poco precisa. Al mismo tiempo, se requiere de los dogmáticos una cierta predisposición a ver a la teoría del Derecho como una disciplina que les puede resultar de ayuda, como un aliado más que como un enemigo.

El objetivo de estas páginas es ayudar a romper esta situación dentro de un tema determinado. Intentaré mostrar que con la ayuda de la teoría del Derecho más evolucionada se pueden plantear algunos problemas de la dogmática (en este caso, los relativos a la dinámica de sistemas jurídicos) con mucho más rigor y precisión. Pero, igualmente, procuraré mostrar que para que una teoría del Derecho sea útil a la dogmática es necesario que intente dar cuenta de ciertas intuiciones de la doctrina que, de otro modo, quedarían fuera del modelo teórico. Al final, llegaremos a la conclusión de que alguno de los planteamientos de la teoría del Derecho en este punto pertenece a la categoría de «problemas autogenerados por el modelo».

II. Dinámica de sistemas jurídicos

Cuando un jurista se pregunta qué normas deben utilizarse para resolver las controversias jurídicas aparecen ciertas dificultades. Si la respuesta es que se deben utilizar las normas del Derecho nacional de que se trate (por ejemplo, del Derecho español), entonces surge una ambigüedad. Así, una cosa es el Derecho en un momento dado, otra después de una revolución y, otra muy distinta, hablar simplemente del Derecho español. Es obvio que la pregunta que se hace el jurista puede tener respuestas muy distintas según cuál sea el momento en que se formule. Este tipo de cuestiones son las que sirven de marco a la dinámica de sistemas jurídicos. La teoría del Derecho puede ayudar a plantearlas y, en su caso, a resolverlas mediante la clarificación de una serie de conceptos.

1. Normas dependientes e independientes

La reconstrucción sistemática del Derecho requiere postular diferentes clases de normas jurídicas.

Como ha dicho Caracciolo, para construir un sistema normativo S es preciso indicar una relación R sobre un conjunto de normas, la cual define su estructura. Algunas normas pertenecen al sistema si, y sólo si, satisfacen la relación R con normas que también pertenecen a S. Son las normas dependientes de S.[1] Se suelen postular dos relaciones de dependencia. Por un lado, una norma N es dependiente si es una consecuencia lógica de otra norma N1. Por otro lado, una norma N es dependiente si la autoridad normativa de N está autorizada por otra norma N1 a dictar N. Se trata de las relaciones de deducibilidad y de legalidad, respectivamente[2]. Así, deducibilidad y legalidad constituyen criterios de pertenencia de normas dependientes y sirven para definir diferentes tipos de sistemas jurídicos. Aquellos en los que se admite la relación de deducibilidad como condición necesaria y suficiente de pertenencia son sistemas estáticos. Mientras que aquellos en que la relación de legalidad es condición necesaria y suficiente de pertenencia, son sistemas dinámicos. Se suele entender que los sistemas jurídicos son sistemas mixtos. En concreto, de las combinaciones posibles de tales criterios, aquélla en que el criterio de deducibilidad y el de legalidad constituyen condiciones suficientes para la pertenencia, se estima que reconstruye los criterios de pertenencia que los juristas utilizan efectivamente[3].

Sin embargo, los criterios de deducibilidad y de legalidad son insuficientes para dar cuenta de la pertenencia de *todas* las normas a un sistema, ya que, si se pretende evitar un regreso al infinito o la circularidad, no cabe que la totalidad de las normas pertenecientes a un sistema satisfagan la relación sistemática. Por eso, las que no la satisfacen pueden denominarse las normas independientes de S, en el sentido de que su incorporación al sistema no depende de la pertenencia de otras normas[4].

2. Sistema jurídico, orden jurídico y orden estatal

La formulación de una norma por una autoridad competente genera un problema respecto a la identidad del sistema jurídico. Puesto que ésta se define extensionalmente, la introducción o eliminación de una norma produce la sustitución de un sistema por otro. No obstante, a pesar de estos cambios, los juristas suelen decir que el sistema jurídico sigue siendo el mismo. Esto

---

[1] Cfr. Caracciolo, R.: «Sistema jurídico», in Garzón Valdés. E; Laporta F. (eds.): *El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de Filosofía*. vol. 11, pp. 161-176.

[2] Caracciolo, R.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid. *C.E.C.*, 1988, p. 57.

[3] Cfr., además de Caracciolo, ibídem, Bulygin, E.: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», *DOXA*, 9, 1991, p. 261. Cfr. también Kelsen, H.: *Teoría pura del Derecho* (2ª ed.). tr. cast. de R. Tamayo, México, UNAM, 1986, pp. 201-204.

[4] Cfr. Caracciolo, íbid.

sugiere la pertinencia de realizar la distinción entre sistema jurídico y orden jurídico. Se utiliza la expresión «sistema jurídico» para referirse a conjuntos de normas asociados a un tiempo t determinado, mientras que se reserva la expresión «orden jurídico» para hacer referencia a una secuencia de sistemas jurídicos. Una norma jurídica pertenece a un sistema jurídico y un sistema jurídico pertenece a un orden jurídico[5].

Con frecuencia, la distinción de niveles se detiene una vez hechas las anteriores precisiones. Habría, así, para cada momento determinado un conjunto de normas que conformaría un sistema jurídico. Además, distintos sistemas jurídicos asociados a distintos momentos pertenecerían al mismo orden jurídico. Pero, en realidad, en este segundo «nivel», se mezclan comúnmente dos cuestiones, con cuya separación puede ganarse en claridad[6].

Por ejemplo, a veces se dice que una revolución significa una ruptura del orden jurídico. Y, en ocasiones, se sostiene que, a pesar de los cambios revolucionarios acaecidos en un determinado país, ello no es óbice para considerar que estamos ante el mismo orden jurídico. ¿Cómo pueden compaginarse tales afirmaciones, si es que todas ellas tienen sentido?

Parece de interés proceder a una ulterior distinción entre orden jurídico y orden estatal[7]. Así, se podría afirmar que del mismo modo que un orden jurídico es una sucesión de sistemas jurídicos, un orden estatal es una sucesión de órdenes jurídicos[8].

---

[5] Alchourrón, C.; Bulygin, E.: «Sobre el concepto de orden jurídico», in *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, p. 397.

[6] Sobre este punto ha llamado la atención Caracciolo, pero no ha extraído todas sus consecuencias (Cfr. Caracciolo, R.: *Sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid, C.E.C., 1988, pp. 19 y 20). Últimamente Bulygin también ha indicado que podría ser útil hacer esta ulterior distinción entre niveles (Bulygin, E.: «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos, *DOXA*, 9, 1991, pp. 265-266).

[7] En muchas ocasiones se incurre en confusiones por no realizar debidamente esta distinción. Entre los muchos ejemplos que podrían traerse a colación, véase Finnis, J. M.: «Revolutions and Continuity of Law», (1973), in Simpson, A. W. B. (ed.): *Oxford Essays in Jurisprudence (Second Series)*, Oxford, O.U.P., 1978. Finnis se da cuenta de la ambigüedad sistemática en que se usa el término «revolución», pero no cae en la cuenta de que él incurre en otro tipo de ambigüedad al usar el mismo término para significar, por un lado, el cambio de orden jurídico, y, por otro, el cambio de orden estatal. Ello sucede cuando, bajo el concepto genérico de «revolución», Finnis procede al análisis del «golpe de Estado» (pp. 46-50), y, a renglón seguido, examina la llamada «sucesión pacífica de Estados» (pp. 52-53). Hay que recordar, al respecto, que suele entenderse por golpe de Estado un intento de cambiar un régimen político *dentro de un Estado determinado.* De ahí que parezca recomendable tratar el problema de la independencia de un Estado (que afecta al orden estatal) como una cuestión distinta y previa conceptualmente a la de cambio de régimen político (que afecta al orden jurídico).

[8] Para un análisis más detallado de estas cuestiones, cfr. Vilajosana, J.M.: *El significado político del derecho. Identidad del orden jurídico y régimen político*, México, Fontamara, 1997. Hallar un criterio plausible de identidad de un orden estatal no es nada fácil. La mayoría de las propuestas suelen ser circulares, al contener entre los criterios propiedades normativas. Pero, tal vez, sea posible tomar como criterio el que se suele usar en Derecho internacional:

Con las distinciones conceptuales precedentes queda claro que pueden plantearse problemas de dinámica de sistemas jurídicos, al menos, a dos niveles distintos. Cuestiones relacionadas, en primer lugar, con el cambio de sistemas jurídicos y, en segundo lugar, con el cambio de órdenes jurídicos. En cada caso, los problemas de dinámica se pueden analizar a partir de dos preguntas: ¿en qué condiciones se producen los cambios de sistema y de orden jurídico? y ¿cómo se explica la persistencia de ciertas normas a pesar de los cambios? Este trabajo se centrará especialmente en la segunda de las preguntas planteadas.

Los sistemas jurídicos, al ser conjuntos de normas, cambian por agregación o por sustracción de normas. La introducción de nuevas normas suele producirse mediante la promulgación, mientras que la eliminación de normas normalmente tiene lugar a través de la derogación[9]. La doctrina ya ha prestado una atención suficiente a estas cuestiones[10].

Baste decir que la distinción entre sistema y orden jurídico permite compaginar el cambio de los sistemas jurídicos con la identidad del orden jurídico. El problema básico, sin embargo, es explicar cómo algunas normas que pertenecían a otros sistemas jurídicos anteriores pertenecen también al sistema subsiguiente. Para ello, los juristas suelen postular una cláusula de persistencia:

> CP 1: Si una norma Nj pertenece a un sistema jurídico Sj, entonces pertenece a todos los sistemas jurídicos sucesivos del mismo orden jurídico Oj, hasta su eliminación.

En cambio, los problemas que afectan al cambio de orden jurídico han recibido menor atención en la doctrina especializada, por lo que merece la pena detenerse algo más en ellos.

III. Persistencia de normas a través de órdenes jurídicos

CPI permite dar cuenta de la dinámica de las normas dentro de un orden jurídico determinado. Sin embargo, en los casos de cambio de orden jurídico (que es común identificar con la ruptura de la legalidad o, como considero preferible, con el cambio de régimen político[11]), algunas normas del anterior orden suelen formar parte de los sistemas del nuevo orden jurídico

---

[9] Se deja al margen de este análisis las normas consuetudinarias y aquellas que establecen un ámbito de vigencia temporal predefinido.

[10] Cfr. Alchourrón, C.; Bulygin, E.: «Sobre el concepto de orden jur¡dico», in *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, pp. 398-404; Moreso, J. J.; Navarro, P.: *Orden jurídico y sistema jurídico*, Madrid, C.E.C., 1993. Aguiló, J.: *Sobre la derogación. Ensayo de dinámica jurídica*, México, Fontamara, 1995.

[11] Para una discusión acerca de los posibles criterios de identidad de los órdenes jurídicos, cfr. Vilajosana, J.M.: «Towards a material criterion of identity of a legal order» *Rechtstheorie*, 27, 1996, pp. 45-64.

y, por tanto, la cláusula de persistencia requiere alguna modificación. Una posible formulación sería la siguiente:

> CP2: Si una norma Nj pertenece a un sistema Sj, que es miembro de un orden O1, entonces Nj pertenece a todos los sistemas sucesivos a Sj de todos los órdenes sucesivos a O1 hasta su eliminación.

Una cláusula de este tipo ha recibido algunas críticas cuya justificación veremos más adelante[12]. Amparándose en esas críticas, y en aras a salvaguardar la concepción sistemática del Derecho, Moreso y Navarro tomarán en consideración la distinción entre pertenencia y aplicabilidad[13]. Si se consideran coextensivos los predicados «pertenece» y «aplicable», no queda otro remedio que intentar reconstruir un criterio de pertenencia de las normas receptadas y así dar cuenta de su admitida fuerza vinculante. En cambio, según estos autores, si se distingue convenientemente ambos predicados, no habría razón para considerarlos coextensivos, con lo cual las normas receptadas, igual que ciertas normas inconstitucionales y ciertas normas extranjeras aplicadas por los tribunales, serían normas *aplicables* aunque no *pertenecientes* al sistema jurídico en cuestión.

Así, se acaba formulando lo que podríamos denominar una «cláusula de recepción de normas aplicables»:

> CRNA: «Las normas receptadas no son válidas, pero pueden ser aplicables. Son aplicables si y sólo si otras normas pertenecientes a los nuevos sistemas establecen la obligación o facultad de aplicar esas normas»[14]

Visto el anterior planteamiento, voy a intentar fundamentar mi posición al respecto. En primer lugar, mostraré la necesidad de establecer la identidad de la sucesión de órdenes jurídicos para que pueda hablarse de persistencia de normas entre ellos. Se trata en este caso de una crítica a ambas cláusulas. En segundo lugar, centraré mi atención en diversas críticas a CRNA. Mi estrategia consistirá en poner de relieve que es posible establecer la pertenencia al sistema revolucionario de las normas que persisten. Y ello mediante la propuesta de un criterio de pertenencia al que llamaré «criterio sustantivo de pertenencia». Todo lo cual me permitirá fundamentar una distinción entre persistencia y recepción, así como argumentar que ésta es una mejor construcción que las anteriores por cuanto permite dar cuenta de algunas fuertes y justificadas intuiciones de los juristas.

IV. Identidad de la sucesión

Tanto CP2 como CRNA plantean algunos problemas a la hora de dar cuenta del carácter dinámico del Derecho.

---

[12] Moreso, J. J.; Navarro, P.E.: «Recepción de normas y sistemas jurídicos», inédito.

[13] Cfr. Bulygin, E.: «Tiempo y validez», in Alchourrón, C; Bulygin, E.: *Análisis lógico y Derecho*, Madrid, C.E.C., 1991, pp. 195-214.

[14] Moreso. J.J.; Navarro, P. E.: «Recepción de normas y sistemas jurídicos», cit. p. 19.

Al hablar de «órdenes sucesivos» (CP2) o de «nuevos sistemas» (CRNA) se entiende que se alude a una sucesión de órdenes en el tiempo. Pero veamos qué sucede si sólo contamos con esta propiedad temporal. Imaginemos el caso español. Estaríamos tentados a decir que en el mismo territorio, a partir de un determinado momento, que podemos acordar por hipótesis que sea el de la promulgación de la Constitución de 1978, se ha constituido un nuevo orden jurídico. Sucede, además, que este nuevo orden «recibe» normas del anterior orden jurídico. La pregunta, entonces, puede concretarse de la siguiente forma: ¿Cuál es el criterio que permite afirmar que el orden jurídico inaugurado por la Constitución de 1978 constituye un orden *sucesivo* respecto al vigente durante el régimen franquista?

Sin hacer una ulterior distinción, sería igualmente posible decantarse como candidato a ser el anterior elemento de la sucesión por cualquier orden jurídico anterior a 1978, con independencia de cuál haya sido el ámbito espacial de validez del mismo. La razón de esta conclusión, que pocos estarían dispuestos a reconocer como una conclusión afortunada, se debe a que en el enunciado de ambas cláusulas sólo se alude al elemento temporal de la sucesión, obviando algo necesario: establecer la identidad de la misma. Si desconocemos que se trata de la sucesión de órdenes jurídicos del *mismo* orden estatal (o de cualquier otro criterio de identidad que nos parezca relevante), entonces nada obsta para que se escoja como orden jurídico anterior a uno cualquiera perteneciente a un orden estatal distinto. Dicho de otro modo, lo que interesa es determinar la sucesión *relevante*, ya que existen distintas sucesiones posibles.

Como ya apunté en otro trabajo[15], el orden que se deben plantear las cuestiones de identidad de los sistemas jurídicos no es caprichoso. Hay una prioridad conceptual de los niveles superiores respecto de los inferiores. Así, hallar o presuponer un criterio de identidad del orden estatal es condición necesaria para resolver los problemas de identidad del orden jurídico. Por esta razón, la cláusula de persistencia (y en su caso la de recepción) debería mencionar la identidad de la sucesión, por ejemplo de este modo:

> CP3: Si una norma Nj pertenece a un sistema Sj, que es miembro de un orden O1, *perteneciente a un orden estatal* OE, entonces Nj pertenece a todos los sistemas sucesivos a Sj de todos los órdenes sucesivos a O1 *del orden estatal* OE, hasta su eliminación.

De todos modos, alguien podría pensar que se reproducen a nivel de sucesión de órdenes estatales los mismos problemas que, respecto a la sucesión de órdenes jurídicos, CP3 venía a resolver. Pero hay que decir que resulta impropio hablar de «sucesión» de Estados. Como dice Kelsen, «que la totalidad del territorio de un Estado se convierta en territorio de otro es imposible,

[15] Cfr. Vilajosana, J. M.: «Problemas de identidad de los sistemas jurídicos», DOXA, 17-18, 1995, pp. 331-342.

puesto que, siendo el territorio idéntico, la identidad del Estado subsiste. Así, pues, en tal caso no puede haber sucesión de Estados»[16].

Al respecto, hay que advertir que el término «sucesión» es ambiguo, algo que pasa por alto el propio Kelsen. Por un lado, puede utilizarse como sinónimo de ordenación cronológica de elementos o conjuntos. Entonces diríamos, por ejemplo, que el conjunto C2 es *sucesivo* al conjunto CI, ya que el primero lo asociamos a un momento temporal posterior al segundo, *dentro de una misma serie.* Éste es el significado que atribuyo a la expresión en el texto. Por otro lado, «sucesivo» también puede significar «sucesor». Éste es el uso que suele predominar en Derecho internacional, cuando se habla de «sucesión de Estados». Un Estado E2 es *sucesor* del Estado E1 si asume los derechos y las obligaciones contraídas por E1. Pero en este caso, E1 y E2 no tienen por qué formar parte de la misma sucesión (en la primera acepción del término).

Por poner un ejemplo del ámbito familiar, en la sucesión formada por una línea familiar, podría sostenerse que el hijo es el elemento *sucesivo* al padre, pero no tiene por qué ser el *sucesor.* Igualmente, la condición de sucesor puede recaer en un individuo que no pertenezca a la misma línea familiar. Si esto es así, en estos casos se puede ser sucesivo sin ser sucesor y sucesor sin ser sucesivo. A nivel estatal, en cambio, si bien no hay sucesión de Estados, nada impide que un Estado determinado, sin ser sucesivo de otro, sea en cambio su sucesor (la República Federal Alemana no es sucesiva respecto a la República Democrática Alemana, en cambio es su sucesora). No realizar esta distinción puede resultar una fuente de confusiones.

Con el fin de ilustrar la idea que quiero subrayar, tómese el caso de desintegración de Checoslovaquia. Podría afirmarse que, en el mismo territorio de lo que antes era Checoslovaquia, a partir de un determinado momento se han constituido dos nuevos órdenes estatales (República Checa y Eslovaquia). Sucede, además, que estos nuevos Estados «recepcionan» normas del Estado checoslovaco. En este caso, ¿cuál sería el criterio que permitiría afirmar que el primer orden jurídico de la República Checa o el primer orden jurídico de Eslovaquia constituyen órdenes sucesivos respecto al último orden jurídico de Checoslovaquia? Se me ocurren tres soluciones:

a) Pensar que se da una persistencia de las normas anteriores y esa persistencia dota de identidad a la sucesión. Esta solución, sin embargo, no es viable. En efecto, nada impedía a la República checa, al empezar su andadura independiente y para evitar el *horror vacui*, adoptar, por ejemplo, las normas del Derecho español y no las del Estado checoslovaco. Por supuesto, este simple hecho no nos autorizaría a sostener que la República checa es sucesiva del Estado español.

[16] Kelsen, H.: *Teoría general del Derecho y del Estado*, tr. de E. García Máynez, México, UNAM, 1988, p. 273.

b) Pensar que las normas «anteriores» no pertenecen a los nuevos sistemas jurídicos del nuevo orden jurídico del nuevo orden estatal, pero que son aplicables. Si CRNA no se reformula de otra manera, tampoco soluciona el problema, porque de nuevo, el orden jurídico del cual se recepta la norma y el orden jurídico receptante deben pertenecer a la misma sucesión, es decir al mismo orden estatal. Podría pensarse que alguna reformulación de aquella cláusula salvaría este inconveniente; algo que dijera: «... de los ordenes estatales sucesivos». Me temo, sin embargo, que este añadido no soluciona el problema, por cuanto, entonces deberíamos tener un criterio de identidad para decir que E1 y E2 son Estados sucesivos. No bastaría tampoco con la identidad del territorio por cuanto no es el mismo. En definitiva, para sostener que dos elementos son sucesivos hay que contar con un criterio de identidad de la sucesión.

c) Abandonar la idea de recepción en estos casos y distinguirla del concepto de persistencia. La persistencia de normas se daría dentro de un mismo orden estatal, mientras que la recepción quedaría reservada para los casos en que no se puede establecer la identidad de la sucesión.

En este punto es interesante la posición de Kelsen. Este autor sostiene que carece de sentido afirmar que una gran parte del viejo orden jurídico permanece válida dentro del marco del nuevo orden. Únicamente los contenidos de tales normas son los que no cambian, pero sí que cambia la razón de su validez. Si podemos decir que «siguen siendo válidas» bajo la nueva Constitución es sólo porque ésta les confiere validez, expresa o tácitamente. Para Kelsen, el fenómeno es un caso de recepción, y como tal, semejante al que se produjo con la llamada «recepción del Derecho Romano»:

> El nuevo orden «recibe», es decir, adopta, normas del viejo orden; esto significa que el nuevo considera válidas normas que poseen el mismo contenido que las del precedente. La «recepción» es un procedimiento abreviado de creación jurídica. La razón de su validez [la de las normas receptadas] no debe buscarse en la Constitución vieja, sino en la nueva, *y entre ambas no existe continuidad*[17].

La tesis de Kelsen en este punto no hay que confundirla con CRNA, aunque en ambos casos se hable de recepción. Para Kelsen, a diferencia de CRNA, es impensable la distinción entre normas pertenecientes a un sistema jurídico y normas aplicables. Su postura es más consistente con el uso que los juristas suelen hacer de estas expresiones. En todo caso, si bien la propuesta de Kelsen se ajusta mejor a las intuiciones de los juristas presenta el problema de la ambigüedad de «orden». Efectivamente, al no realizar las distinciones que aquí se han hecho, el término «orden» es empleado a veces para designar a una sucesión de sistemas jurídicos (orden jurídico) y, en otras, como sinónimo de sucesión de órdenes jurídicos (orden estatal).

---

[17] Kelsen, H.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, México, UNAM, 1988, p. 138. Cursiva ajena al original.

Por esa razón, en cualquier caso, se vuelve al punto de partida. Si bien en los cambios de orden revolucionario contamos con un criterio de identidad de la sucesión de órdenes jurídicos, a través del concepto de orden estatal (por tanto sí existe «continuidad», por usar la terminología kelseniana), en los supuestos de «sucesión de Estados» carecemos de un criterio de identidad de la sucesión (aquí sí que es cierto que «no existe continuidad»). Si se admiten estas consideraciones, se podría aceptar que la idea de Kelsen es válida para dar cuenta de la recepción de normas entre órdenes estatales distintos, pero no para la persistencia de normas dentro de un mismo orden estatal. Tendríamos, así, un criterio para distinguir entre los conceptos de persistencia y recepción.

Por tanto, podemos reformular de nuevo la cuestión, circunscribiendo la persistencia de normas a un mismo orden estatal. Ésta es la solución que se va a intentar justificar en el siguiente apartado.

V. Criterio sustantivo de pertenencia

Para sostener la plausibilidad de CP3 hay que hacer frente aún a las críticas que la cláusula de persistencia recibe de parte de quienes postulan CRNA. Concentraré mi atención en dos de esas críticas[18]. Ahora me ocuparé de la primera, dejando para el próximo apartado la consideración de la segunda.

La primera crítica consiste en sostener que no se puede aceptar la pertenencia al sistema originario del nuevo orden jurídico de las normas «receptadas» (como se pretende en CP3), puesto que no pueden ser ni normas independientes (ya que presupondrían la pertenencia de otras normas al sistema), ni normas dependientes (ya que no cumplirían con los criterios de deducibilidad o de legalidad).

Lo primero que hay que aclarar al respecto es el distinto carácter de las clasificaciones que aquí están en juego. Mientras la clasificación entre normas independientes y normas dependientes es, por las razones que ya dije en su momento, exhaustiva y necesaria (dentro del contexto sistémico en el que se encuentran las teorías de los sistemas jurídicos), en cambio la división de las normas dependientes entre las que cumplen con el criterio de deducibilidad y el de legalidad no es ni necesaria ni exhaustiva. No hay razones lógicas que lleven a considerar estos dos criterios como necesarios, ni nada hay que impida aportar otros criterios que los complementen. Si los teóricos del Derecho suelen escoger ambos criterios es porque éstos dan cuenta de los usos lingüísticos de los juristas o de cómo funciona un sistema jurídico en la práctica. Efectivamente, parece que los juristas toman en cuenta los criterios de deducibilidad y de legalidad para determinar la pertenencia de las normas dependientes a los sistemas jurídicos vigentes. Pero,

[18] Cfr. Moreso. J. J.: Navarro, P.E.: «Recepción de normas y sistemas jurídicos», cit., p. 10.

sin duda, pueden añadirse otros para dar cuenta de otros tantos usos no menos extendidos entre la comunidad jurídica. En este sentido, propongo tomar en consideración un nuevo criterio, al que llamaré «criterio sustantivo de pertenencia» (en adelante, CS).

Una primera formulación de este criterio rezaría como sigue:

> CS 1: Una norma N perteneciente al último sistema jurídico del orden jurídico O1 pertenece a un sistema jurídico del orden jurídico O2 del mismo orden estatal OE si es compatible con las normas del primer sistema jurídico de O2.

Que CS sea un criterio de pertenencia de normas dependientes o independientes no es lo más relevante. La elección entre una u otra opción depende de si se considera que la relación que en él se establece es definitoria de la estructura del sistema o no, es decir, depende de si la postulamos como relación sistemática o extra sistemática. En el primer caso, será un criterio de pertenencia de normas dependientes, y, en el segundo, de normas independientes[19].

Es más importante, en cambio, destacar que CS no es reducible ni al criterio de legalidad (CL) ni al de deducibilidad (CD). Y ello por dos razones importantes:

1. La norma N, en este caso, no pertenece a un sistema jurídico de la nueva serie porque haya sido dictada por la autoridad competente (más bien, como veremos más adelante, ha sido dictada por una autoridad no competente según la nueva constitución), ni porque sea deducible de las normas independientes del primer sistema del nuevo orden, sino en virtud del criterio sustantivo de pertenencia. N pertenecía en su momento a un sistema jurídico de la anterior serie por la aplicación de los demás criterios, pero ahora la persistencia se explica por la aplicación de CS.

2. CD, CL y CS son criterios de pertenencia de normas asociados respectivamente a los conceptos de sistema jurídico, orden jurídico y orden estatal. Con ello quiero sugerir lo siguiente:

a) CD es el único criterio de pertenencia, para cuya aplicación es suficiente tener en cuenta un solo sistema jurídico. Dado un conjunto de normas independientes y por aplicación del CD obtenemos el conjunto de normas dependientes. Es lo que suele denominarse, como ya se dijo, sistema jurídico estático. Por tanto, CD es un criterio de pertenencia de normas al mismo sistema jurídico[20].

b) La aplicación de CL requiere al menos dos sistemas jurídicos asociados a dos momentos temporales distintos. Por ejemplo, ya no es correcto

---

[19] Del tenor literal de CS1 se infiere que aquí he escogido tratar a CS como un criterio de pertenencia de normas dependientes, pero, como se dice en el texto, esta elección no tiene mayores implicaciones para el objetivo que aquí se persigue.

[20] Cfr. Alchourrón, C.: Bulygin, E.: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires, Astrea, 1987, p. 92 y ss. Cfr. Caracciolo. R. A.: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, cit.. p. 57.

afirmar que la norma N2, que ha sido dictada a tenor del procedimiento establecido por N1 en el tiempo t1, pertenece al mismo sistema S1 que N1. Precisamente la incorporación de N2 en el tiempo t2 es lo que hace que se pase de S1 a S2. Así, a través de CL tenemos un criterio para dar cuenta del carácter dinámico del Derecho; ahora bien, circunscrito a la serie formada por todos los sistemas jurídicos pertenecientes al mismo orden jurídico O1. Así, pues, N2 pertenece a S2, que es el sistema jurídico sucesivo a S1 dentro de la misma serie (O1). Por tanto, CL es un criterio de pertenencia de normas a distintos sistemas del mismo orden jurídico, o, si se prefiere, un criterio de pertenencia de distintos sistemas al mismo orden jurídico[21].

c) La aplicación de CS requiere al menos dos órdenes jurídicos asociados a períodos temporales distintos y es pertinente para dar cuenta de la llamada «persistencia del Derecho» dentro de un mismo orden estatal. Ya no es correcto afirmar, por ejemplo, que la norma que persiste (o «receptada») N3 pertenece a un sistema jurídico del nuevo orden por aplicación de CL, puesto que N3 fue promulgada siguiendo un procedimiento no previsto en el nuevo orden jurídico. N3 pertenecía a un sistema jurídico del orden jurídico O1 por la aplicación de CD o de CL, pero no puede pertenecer a un sistema jurídico perteneciente a O2 por la aplicación de esos mismos criterios, ya que éstos son criterios de pertenencia de normas a un sistema y de un sistema a un orden jurídico, respectivamente. Lo que se requiere es un criterio como CS, es decir, un criterio de pertenencia de normas a distintos sistemas jurídicos pertenecientes a distintos órdenes jurídicos de un mismo orden estatal. Nótese que CS, a diferencia de CD y de CL, es un criterio de pertenencia que podríamos denominar de «segundo grado», en el sentido de que es operativo sólo respecto de normas que ya han pertenecido a sistemas de la serie anterior por aplicación de los criterios de pertenencia de «primer grado» (CD y CL).

En base a lo anterior, cabe afirmar que CS, a diferencia de CRNA, permite dar cuenta de forma satisfactoria del fenómeno de la persistencia y ello sin apartarnos excesivamente de los usos lingüísticos e intuiciones compartidos por muchos juristas, según los cuales las normas que persisten pertenecen a un sistema del nuevo orden jurídico.

Llegados a este punto, alguien podría objetar que las intuiciones y usos lingüísticos de los juristas no son, sobre esta cuestión, uniformes; por tanto, habría que rechazar la posición que aquí he sostenido por considerarla simplemente una crítica «externa». Sin embargo, creo que es posible añadir una crítica «interna», que como tal puede ser considerada más contundente. Quienes postulan CRNA admiten explícitamente que las normas receptadas no pertenecen a ningún sistema jurídico. Pero, si esto fuera así, tendría como consecuencia claramente implausible el hecho de que las normas

[21] Cfr. Caracciolo, R.: «Sistema jurídico», in Garzón Valdés, E.; Laporta F. (eds.): *El derecho y la justicia. Enciclopedia iberoamericana de Filosofía*. vol. 11, pp. 161-176.

receptadas no tendrían carácter *jurídico*. En efecto, es una tesis compartida por todos los teóricos del Derecho que una norma es jurídica si y sólo si pertenece a un sistema jurídico[22]. Dado que las normas receptadas, si aplicáramos CRNA, no pertenecerían a ningún sistema jurídico, entonces no podrían ser consideradas normas jurídicas. Habría que admitir, en este caso, la conclusión de que sectores enteros del ordenamiento, que todos los juristas sin excepción consideran de carácter jurídico (por ejemplo el código civil español) serían normas aplicables, *pero no jurídicas*. Si, en cambio, se modifica el criterio de juridicidad de las normas y se admite que es suficiente que alguna vez una norma haya pertenecido a un sistema jurídico para que conserve siempre tal cualidad, entonces aún quedaría en pie lo implausible que resulta sostener que actualmente cuando los jueces aplican el Código civil español, están aplicando normas no pertenecientes al Derecho español. Si no se quiere llegar a alguna de estas conclusiones, hay que abandonar CRNA y circunscribir, si acaso, la recepción de normas aplicables no pertenecientes al orden jurídico de que se trate únicamente a los casos de normas extranjeras (éstas siguen siendo jurídicas porque pertenecen a un sistema jurídico, aunque de un orden estatal distinto). Lo anterior no significa, por supuesto, que la distinción entre pertenencia y aplicabilidad no sea útil para otros casos, tales como la aplicación de normas inconstitucionales[23].

VI. Incompatibilidad normativa

La segunda crítica a la que se somete a CP3 y que, por tanto, podría afectar a CS, es la que se refiere a la falta de precisión a la hora de identificar las normas «receptadas». Quienes abogan en favor de CRNA ofrecen como razón de esta imprecisión el hecho de que no exista una noción suficientemente clara de contradicción de normas.

Frente a esta objeción hay que decir lo siguiente. CRNA no soluciona este problema, ya que la misma imprecisión se produce al identificar el conjunto de normas aplicables. En efecto, en CRNA se alude a una norma perteneciente al sistema jurídico postrevolucionario que establece la aplicabilidad de la norma receptada. ¿Cuál puede ser esta norma? De *lege ferenda* podría postularse la necesidad de que los sistemas jurídicos positivos contengan una norma de este tipo, pero en la práctica pocos la tienen. Parece, más bien, que la candidata idónea a cumplir esta misión sería la disposición derogatoria que normalmente acompaña a la promulgación de una nueva constitución. Esta disposición suele tener un tenor muy general. Por ejemplo, la

---

[22] Cfr., por ejemplo, Nino, C. S.: *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1983,p. 95.

[23] Véase en este sentido el listado de cuestiones a las que un constitucionalista como Luis María Diez-Picazo aplica una distinción parecida, si bien con distinta terminología. Hay que advertir que el caso de recepción de normas no aparece en el listado. Cfr. Diez-Picazo, L. M.: *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 167-168.

Constitución española de 1978, después de derogar explícitamente en los anteriores apartados distintas disposiciones normativas, establece en el apartado 3 de su disposición derogatoria: «Asimismo quedan derogadas cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en esta Constitución». Así, cuando se pretenda identificar el conjunto de las normas derogadas aparecerá la misma imprecisión.

El problema específico que presenta la recepción es otro. Se trata de establecer qué significa la «oposición» o la «incompatibilidad» entre normas. Hay, al menos, dos significados posibles, a los que ya alude Kelsen[24]. Por un lado, la incompatibilidad formal y, por otro, la incompatibilidad material. El primer tipo de incompatibilidad es el que presenta, en mi opinión, un problema específico de la persistencia de normas a través de sucesivos órdenes jurídicos del mismo orden estatal. Todas las normas anteriores al nuevo orden jurídico fueron dictadas por órganos que, juzgados a partir de las normas de competencia del nuevo orden jurídico, son incompetentes. No se requiere mostrar la contradicción material, de contenido. Así, por ejemplo, si la Constitución española de 1978 establece que el Parlamento elegido democráticamente y sólo él es competente para dictar leyes, está claro que todas las leyes dictadas por el parlamento anterior no democrático serían inconstitucionales de acuerdo con la nueva constitución, sea cual fuere su contenido.

Si se quiere evitar esta consecuencia, que ningún jurista estaría dispuesto a admitir, hay que postular un criterio para distinguir las normas derogadas de las no derogadas. Pero esto ya se trata de un criterio de interpretación de la disposición derogatoria. A partir de ese momento, ya sólo cabe dar razones extralógicas para diferenciar el conjunto de normas derogadas del conjunto de las normas que siguen perteneciendo al nuevo orden jurídico del mismo orden estatal.

En este sentido, la interpretación que proponen los constitucionalistas es la de atender al contenido y no al procedimiento de creación de las normas anteriores, de tal modo que sólo si se da una contradicción entre el contenido de esas normas y las normas de la Constitución aquéllas quedan derogadas. Valga, por todos, lo dicho por Ignacio de Otto:

> (...) la entrada en vigor de la Constitución no trae consigo la derogación de las normas anteriores por el simple hecho de que han sido aprobadas por órganos y procedimientos que la Constitución ha suprimido. Las normas anteriores siguen siendo válidas mientras su contenido no sea contrario a lo que la Constitución dispone, pues de otro modo se produciría la derogación de la totalidad del ordenamiento jurídico.[25]

Ello sugiere una ulterior formulación de CS:

---

[24] Cfr. Kelsen, H.: *Teoría pura del derecho*, cit., p. 273 y ss.

[25] De Otto, Ignacio: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. Barcelona, Ariel, 1987, p. 79.

CS2: Una norma N perteneciente al último sistema jurídico del orden jurídico O1 pertenece a un sistema jurídico del orden jurídico O2 del mismo orden estatal si su *contenido* es compatible con las normas del primer sistema jurídico de O2.

La propuesta que aquí he sostenido ofrece, tal como espero haber mostrado, una mayor adecuación a las intuiciones y usos de los juristas y evita consecuencias nada plausibles. Pero posee, además, una ventaja adicional sobre CRNA. No requiere que exista la disposición derogatoria indeterminada en la Constitución. Ello hace que CS2 sirva también para casos como el de la Constitución italiana en los que no existe tal disposición, pero los juristas siguen realizando la misma interpretación. Es cierto que algunos teóricos[26] opinan que en estos casos cumple la misma función el principio de *lex posterior,* pero es dudoso que este principio sea de aplicación cuando se ha quebrado su fundamento, que es el criterio de legalidad (y esto es lo que sucede precisamente con el cambio de orden jurídico). Dicho con otras palabras, hecha la distinción entre sistema, orden jurídico y orden estatal, se descubre que el principio de *lex posterior* encierra una ambigüedad, puesto que puede ir referido al cambio de sistema manteniendo el mismo orden jurídico o al cambio de orden jurídico manteniendo el mismo orden estatal.

A modo de conclusión, cabe decir que, por lo que respecta al tema de la persistencia de las normas jurídicas a través de órdenes jurídicos sucesivos, espero haber mostrado que el problema planteado por algunos teóricos del Derecho no es un problema genuino; se trata, más bien, de un problema autogenerado por el propio modelo. Así, únicamente bajo el presupuesto de que los criterios de pertenencia de las normas dependientes sólo pueden ser el criterio de deducibilidad y el de legalidad se llega a la conclusión de que las normas que persisten no pueden pertenecer a un sistema del nuevo orden jurídico. Sin embargo, una vez modificado el modelo en este punto, no hay mayor inconveniente en ajustar la clasificación a la práctica de los juristas y aceptar un nuevo criterio de pertenencia como CS2. Los constitucionalistas ya habrían dado una solución satisfactoria a la pertenencia de esas normas al sistema postrevolucionario, con lo cual no hay por qué abandonar la concepción sistemática del Derecho (que era la preocupación, esta vez sí genuina, de los teóricos del Derecho), Los dogmáticos, por su parte, harían bien en utilizar las distinciones trazadas por los teóricos del Derecho (por ejemplo, entre sistema, orden jurídico y orden estatal) y de este modo formular de manera más precisa los distintos criterios de pertenencia de normas. He mostrado, además, que cada uno de estos criterios se puede asociar a los distintos niveles en los que a través de aquellas distinciones se puede dividir el tema genérico de la dinámica del Derecho.

---

[26] Cfr., por todos, Guastini, R.: «Questioni di tecnica legislativa». *Le Regioni*, 2-3, 1985, pp. 227-228.

Con lo dicho en este trabajo no espero haber resuelto, ni siquiera planteado, todos los problemas relativos a la dinámica de sistemas jurídicos. Me daría por satisfecho si contribuyo en algo a dictar leyes, está claro que todas las leyes dictadas para erradicar la mutua incomprensión de la que hablé al comienzo y en avanzar en pos de la reconciliación entre dogmática y teoría del derecho. No se me escapa el hecho de que el avance, supuesto que exista, es ciertamente modesto, pero siempre resulta más fructífero dar un pequeño paso en la dirección correcta que recorrer un largo trecho por el camino equivocado.

«INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA»: ¿UN CONCEPTO REALMENTE ÚTIL?

Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación*

0. Introducción

En un ensayo reciente Mauro Barberis ha escrito que la teoría del sistema jurídico ha asumido en los últimos treinta años una función central en la teoría del derecho[1]: no puede decirse lo mismo en lo que concierne al estudio del sistema jurídico como factor de interpretación, o sea, a la interpretación sistemática. Que me conste, en los últimos treinta años, se ha dedicado al tema solamente una monografía[2], al menos, en lo que concierne a la teoría del derecho

---

* Este artículo reproduce, con algunas modificaciones, el texto de la ponencia que presenté en el «Tercer seminario italiano-español de teoría analítica del derecho: Estructura y dinámica de los sistemas jurídicos», Sitges 15-18 octubre 1997. Agradezco a los organizadores por haberme permitido confrontar mis ideas en un contexto amistoso y estimulante.

[1] M. Barberis, *Insiemi e sistemi. Un'obiezione ad Alchourron e Bulygin*, ponencia presentada en el «Segundo seminario italiano-español de teoría analítica del derecho:"Estructura y dinámica de los sistemas jurídicos"», Madrid, Octubre, 1996. Trad. cast. *Conjuntos y sistemas. Una objeción a Alchourrón y Bulygin*, *Doxa,* Alicante, n. 20, 1997, pp. 26-52.

[2] Se trata del trabajo de G. Lazzaro, *L'interpretazzione sistematica della legge*, Turín, 1965; ya entonces el autor señalaba, al inicio del libro, la escasa atención prestada al tema, cfr. G. Lazzaro, *L'interpretazione sistematica della legge*, cit., p. 1: «Puede sorprender el hecho de que se haya prestado tan poca atención a la llamada interpretación sistemática en las numerosas monografías, de autores italianos y extranjeros, dedicadas a la interpretación en general o al método de la ciencia jurídica. Sin embargo, el recurso al sistema jurídico es una argumentación que se invoca frecuentemente para sostener tanto opiniones doctrinales como decisiones jurisprudenciales»; recientemente, se ha publicado un trabajo dedicado en apariencia a la interpretación sistemática, se trata del trabajo de V. Italia *L'interpretazione sistematica delle norme e dei valori*, Milán, 1993, al cual ha seguido la *L'interpretazione sistematica delle regole giuridiche*, Milán, 1997, obra reciente que es, en gran parte, un resumen de la anterior; en realidad, los textos citados no se refieren a los aspectos teóricos del tema que aquí nos interesa, sino que se ocupan de los condicionamientos interpretativos derivados de la relación jerárquica entre la constitución y la ley y entre la ley y el reglamento a la luz del derecho positivo italiano. Otra contribución dedicada al terna específico de la interpretación constitucional es el trabajo de P. Merola Chierchia, *L'interpretazione sistematica della constituzione*, Padua, 1978, en el que los elementos de la teoría general utilizada se han tomado prestados, en buena parte, de Lazzaro. Además, se debe hacer referencia al texto de M. Varejão, *Intepretacão sistematica. Um exame da doutrina juridica italiana*, Recife, 1994; la autora presta atención a la relación

italiana, y, a pesar de que en el mismo periodo han aparecido muchos buenos trabajos sobre teoría de la interpretación, el espacio dedicado en éstos a la interpretación sistemática es escaso[3] y los análisis allí desarrollados no siempre resultan ser incisivos y precisos. Probablemente, esto se debe a la dificultad de racionalizar, de esquematizar el tema frente a la complejidad de la noción de sistema jurídico, o mejor, de las varias nociones de sistema, no necesariamente jurídico, a las cuales se puede recurrir desde la perspectiva de la interpretación[4].

En las siguientes páginas mi intención es proporcionar un resumen de los desarrollos actuales de la interpretación sistemática en teoría del derecho, relativos a los argumentos interpretativos consolidados en la cultura jurídica continental, así como contribuir al análisis del concepto de interpretación sistemática, aclarando sus límites, en relación con otras técnicas interpretativas, con el fin de encontrar una respuesta a la provocativa pregunta del título de este artículo[5]. Una advertencia preliminar es obligatoria: se consideran aquí solamente los aspectos de la interpretación y no los de la integración jurídica, es decir, se consideran los métodos de atribución de significado a un texto normativo y no los métodos de producción de nuevas normas, a pesar de que éstos tengan también un alcance sistemático. Por lo tanto, no trataré la analogía en sus distintas formas, *legis* y *juris*[6].

---

que existe entre interpretación y certeza del derecho, pero no analiza cada uno de los cánones hermenéuticos y su relación con las distintas nociones de sistema.

[3] Es una excepción R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, Milán, 1993; este libro contiene una articulada exposición de los argumentos sistemáticos y una clasificación de los mismos sobre la que volveremos frecuentemente en lo sucesivo, también en clave crítica.

[4] Como se verá más adelante, el recurso al sistema en la interpretación puede referirse, por ejemplo, al sistema jurídico en su conjunto o a un subsistema del sistema total en pocas palabras, la heterogeneidad de las nociones de sistema se refleja en las técnicas de interpretación haciendo heterogénea la noción de interpretación sistemática.

[5] Básicamente, lo que se pretende es llevar a cabo una operación de uso terapéutico del lenguaje (por usar el léxico tarelliano). Esta operación consiste en substituir un palabra ambigua, en nuestro caso «interpretación sistemática», por dos o más palabras nuevas, cada una de las cuales expresa sólo algunos de los posibles significados de la palabra original (acerca de este tema véase G. Tarello. *Diritti, enunciati, usi*, cit., pp. 403-406). Es decir, lo que se pretende es proporcionar una redefinición de la noción de interpretación sistemática (sobre el concepto de redefinición cfr. U. Scarpelli, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Milán, 1985, reimpresión editada por A. Pintore, p. 64 y ss.; así como R, Guastini, *Distinguendo*, Turín, 1996, p. 167: «[...] la redefinición consiste en precisar el significado de una palabra, eliminando, al menos en parte, la ambigüedad y la vaguedad que son propias del uso común».

[6] He recogido la distinción tradicional entre interpretación e integración, según la cual es conveniente hablar de integración del derecho y no de interpretación cuando se completa una disciplina en una materia dada o cuando se resuelven las antinomias (cfr. R. Guastini, voz *Interpretazione*, en *Enc. Giur. Treccani*, vol. XVIL Roma, 1989, p. 2; y G. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, Turín, 1984, p. 79). La operación por medio de la cual se previenen las antinomias

1. Los argumentos interpretativos sistemáticos

No es oportuno aquí detenerse demasiado en el concepto de interpretación jurídica[7]; sin embargo, es necesario tratarlo brevemente con el fin de situar de un modo correcto y provechoso la interpretación sistemática y los argumentos interpretativos que se pueden reconducir a ella.

El término interpretación puede usarse tanto para indicar la actividad interpretativa como para indicar el resultado de esta actividad. El producto de la interpretación (actividad) es el significado del objeto interpretado[8]. La actividad interpretativa se puede clasificar de distintos modos, según cuáles sean los criterios utilizados, entre éstos revisten una importancia particular los criterios subjetivo y objetivo. En relación con el objeto es posible distinguir la interpretación de la ley, la interpretación del contrato, del acto administrativo, de la constitución, etc.[9] Conforme al criterio subjetivo se puede

---

es, por el contrario, una actividad interpretativa y. en concreto, como se verá más adelante, es una interpretación sistemática. Otros se refieren a la distinción citada en términos de interpretación en sentido estricto e interpretación en sentido amplio. pero lo fundamental no cambia; en efecto, los argumentos interpretativos en sentido amplio son definidos del modo siguiente: «Se trata de principios y argumentos que justifican no la atribución de un significado a un texto jurídico, sino la producción de nuevas normas jurídicas a partir de las que aparecen expresadas en los textos jurídicos», así E. Diciotti. *Norme, validitá, interpretazione giudiziale*, ed. Provvisoria, Turín, 1996, p. 258.

[7] Para un resumen acerca de la interpretación jurídica, véase M. Jori - A. Pintore, *Manuale di teoría generale del diritto*, Turín, 1995, pp. 204-225.

[8] Esta distinción, ahora ya conocida, fue introducida por Giovanni Tarello en algunos trabajos recogidos en el volumen *Diritti, enunciati, usi*, Bolonia, 1974, fue recogida y desarrollada más adelante en *L'interpretazione della legge*, Milán, 1980, en particular, pp. 39 y ss., y está presente en la mayor parte de las obras de teoría de la interpretación de orientación analítica. Acerca de la distinción entre la disposición en cuanto objeto de interpretación y la norma en cuanto resultado, en cuanto producto, de la misma, véase, además de las aportaciones de Tarello. V. Crisafulli, voz *«Disposizione (e norma)»*, en *Enc. del dir.* vol. XIII, Milán, 1964, p. 195 y ss., a pesar de que en Cristafulli los conceptos no se usen siempre de una manera clara e unívoca, sobre este punto cfr. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Turín, 1992, pp. 23-24.

[9] Es importante señalar, ya que es relevante para el examen del concepto de interpretación sistemática, que los tipos de interpretación jurídica mencionados pueden ser diferentes, y normalmente en la práctica lo son, según los subtipos de que se trate. Se puede distinguir la interpretación de la ley penal de la de las disposiciones normativas civiles, o la interpretación de las disposiciones administrativas de la interpretación de los actos administrativos que no son disposiciones. Se trata, como se verá mas adelante, de operaciones subsistemáticas; el intérprete no se refiere al sistema en su conjunto, sino a un particular sector del mismo en virtud de las características consideradas relevantes para los fines interpretativos. Acerca de la relevancia de este tipo de distinción cfr. E. Diciotti, *Norme, validitá, interpretazione giudiziale*, cit., p. 209. A veces, la distinción entre los subtipos se lleva a cabo porque en el sistema hay normas que regulan la interpretación de tipos particulares de textos. En el sistema italiano se pueden citar, a título de ejemplo, el art. 14 de las disposiciones preliminares al código civil, que se refieren exclusivamente a las leyes penales excepcionales, o las disposiciones sobre la interpretación del contrato arts. 1362-1371 del código civil italiano.

distinguir entre la interpretación del juez, del abogado, del jurista. Esta distinción también es relevante dado que la diversidad de los sujetos intérpretes conlleva frecuentemente una diversidad de objetivos. La actividad interpretativa del juez está dirigida a la obtención de una regla de decisión de un caso concreto, la del jurista no tiene necesariamente tal objetivo[10]. Las siguientes páginas se desarrollarán desde un punto de vista, en alguna medida, neutro en el plano subjetivo, es decir, se tratará la interpretación sistemática pasando, sin solución de continuidad, de la óptica del jurista a la del juez, y viceversa; aunque esté fuera de duda que la diversidad del sujeto intérprete, con la consecuente diversidad de objetivos, puede comportar una diferencia de opiniones respecto a la importancia, a la relevancia de cada uno de los argumentos interpretativos sistemáticos. Desde un punto de vista objetivo, el análisis versará sobre la ley, es decir, sobre las disposiciones normativas generales y abstractas.

Hasta aquí se han tratado algunas distinciones relativas a la interpretación (actividad, producto, etc.) sin definir, sin embargo, la interpretación jurídica[11]; interpretar quiere decir adscribir, atribuir un significado a un texto jurídico normativo, y esta atribución tiene lugar con base en argumentos interpretativos particulares. Precisamente, es sobre estos argumentos o métodos de interpretación sobre los que conviene que detengamos brevemente nuestra atención. Los argumentos interpretativos constituyen, como se ha dicho, el «medio» de atribución de significado al texto normativo y, por consiguiente,

---

[10] Más claro: el juez debe decidir un caso y, por lo tanto, tiene que obtener, a través de la interpretación, una regla para el mismo, llevando a cabo una elección entre las posibles interpretaciones del texto normativo. El jurista, el exponente de la doctrina, no tiene necesariamente que elegir entre las posibles interpretaciones del texto, pudiendo llegar a la conclusión de que varias soluciones del caso son adecuadas.

[11] Caracterizar la interpretación como adscripción, como atribución de significado a un texto normativo, implica aceptar una concepción escéptica de la interpretación según la cual pueden atribuirse diversos significados a un mismo texto. Como se ha señalado, esta concepción se opone al llamado formalismo interpretativo (sobre este tema y sobre el formalismo jurídico en general véase M. Jori, *Il formalismo giuridico*, Milán, 1980), según el cual, la interpretación consiste en comprender el único significado, el verdadero, el correcto, que tiene el texto. Jori aclara bien los caracteres del formalismo interpretativo, voz *Formalismo giuridico*, en *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. VII, Turín, 1992, p. 430: «El núcleo de estas concepciones [...] es, en cualquier caso, la afirmación de que es posible llegar a soluciones definitivas y exactas en la interpretación del derecho... Traducido en los términos apropiados de una teoría semiótica, esta afirmación no puede sino corresponderse a la tesis, semióticamente extravagante, de que cada enunciado jurídico posee, sólo o en conjunción con otros, un único significado propio o correcto». Las dos posiciones que he presentado de modo sumario en sus caracterizaciones extremas, son, en realidad, graduables; es decir, es posible sostener que la actividad interpretativa ni es arbitraria ni está totalmente constreñida, sino que el intérprete goza de alguna discrecionalidad interpretativa y que, por lo tanto, en cada una de las dos posiciones, la escéptica y la formalista, hay algo de verdad.

representan la parte más relevante de la interpretación-actividad[12]. No existe acuerdo[13] acerca de la naturaleza de estos argumentos, acerca de cuáles son estrictamente jurídicos y cuáles son sus características; las diferencias entre las distintas reconstrucciones dependen del hecho de que los argumentos interpretativos son predominantemente un producto cultural[14]; la atribución de significado a un documento normativo tiene lugar en un contexto histórico-cultural particular caracterizado por reglas y hábitos interpretativos. Estos hábitos interpretativos pueden referirse a los aspectos más variados: desde la jerarquía entre las normas, hasta las definiciones legislativas o las leyes interpretativas; respetar o contravenir estos hábitos constituye una razón para proponer o criticar un resultado interpretativo. En este mismo esquema se sitúan los argumentos interpretativos de los que nos

---

[12] Es conveniente distinguir entre la actividad interpretativa noética y la dianoética; los argumentos interpretativos están ligados a la segunda, es decir, a procedimientos discursivos y no intuitivos, cfr. L. Gianformaggio, *Logica ed argomentazione nell'interpretazione giuridica*, en *Studi Senesi*, Milán, 1987, p. 465.

[13] Por ejemplo, escribe R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, Oxford, 1989, p. 3 y 234: «*Even the number of these canons remains in dispute [...] The canons of interpretation have been the subject of wide ranging discussion ever since the time of Von Savign. Even today there is as yet no agreement as to their number, their precise formulation, their rank order, and their value*». Un análisis detallado es el desarrollado por G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 341 y ss., quien ha enumerado los siguientes argumentos: *a contrario*, analógico, *a fortiori*, de la plenitud del ordenamiento jurídico, de la coherencia del ordenamiento jurídico, psicológico, histórico, apagógico, teleológico, económico, natural, sistemático, de autoridad, de equidad y argumento a partir de principios generales; a continuación los ha clasificado en argumentos jurídicos y no estrictamente jurídicos, lógicos y no lógicos, precisando, en relación con los lógicos, que no se trata de argumentos lógicos en sentido estricto, es decir, formalmente restrictivos; argumentos completos e incompletos, conservadores y no conservadores. Para una reconstrucción reciente de las técnicas o métodos interpretativos véase R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pp. 358-408, ahora también en *Distinguendo*, cit., pp. 172-193; así como E. Diciotti, *Norme, validitá, interpretazione giudiziale*, cit., p. 250 y ss.

[14] He usado el adverbio «predominantemente» para no tomar una posición clara en relación con el papel que desempeña la retórica y la lógica en la interpretación jurídica, tema demasiado comprometido para ser abordado en pocas líneas. Sostengo, sin embargo, que es algo ya pacífico que la retórica ocupa un espacio relevante en la argumentación (cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 75-99, páginas en las que se discute ampliamente el papel de la lógica y de la retórica en el razonamiento interpretativo); otro problema es el de determinar de qué manera se puede establecer jerarquías o preferencias entre los distintos argumentos, cuál sea su fuerza. Sobre este tema véase la clara síntesis de G. Gavazzi, voz *Topica giuridica*, en *Noviss. Dig. Italiano*, vol. XIX, Turín, 1972, en particular, p. 415, y, como trabajo reciente, F. Cavalla, voz *Tópica*, en *Enc. del dir,* vol. XLIV, Milán, 1992, en especial p. 731 y ss. Acerca de la expresión «fuerza de los argumentos» cfr. Ch. Perelman y Olbrechts-Tyteca, *Trattato dell'argomentazione. La nuova retorica*, trad. it. de C. Schick, M. Mayer y E. Barassi, Turín, 1996, p. 483: «Para orientarse en la tarea interpretativa, el orador usa un concepto confuso pero que parece indispensable: el de fuerza de los argumentos».

estamos ocupando[15], respecto a los que se ha señalado que se trata de técnicas y métodos arraigados desde hace tanto tiempo en el uso jurídico que se pueden considerar específicos[16]. La caracterización de la interpretación jurídica como atribución de significado a un texto normativo, atribución que se lleva a cabo por medio de argumentos, de métodos interpretativos, permite distinguir entre dos tipos fundamentales de interpretación: la interpretación literal y la correctiva. Desde un punto de vista tradicional, interpretar literalmente significa atribuir a una disposición normativa el significado que le es propio, es decir, el significado más inmediato, ligado al uso común de la palabra; por el contrario, la interpretación correctiva se caracteriza por oposición a la literal, y es aquélla interpretación que corrige, que modifica el significado más inmediato de la disposición normativa.[17] Esta distinción

[15] Acerca del análisis de los argumentos interpretativos como instrumento de control del resultado interpretativo cfr. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., p. 67: «El control, por parte de la sociedad, de las decisiones y de las propuestas acerca de la atribución de significado a los documentos que expresan las normas reguladoras de la vida social. se ejerce, entre otros modos, mediante el control sobre los procedimientos intelectuales que conducen a las decisiones y sobre los razonamientos que fundamentan la propuesta»; así como, R. Guastini (ed.), *Problemi di teoria del diritto*, Bolonia, 1980, pp. 214-215: «... la interpretación está sujeta a otro importante límite, digamos, fáctico. En cada ambiente cultural dado, los usos lingüísticos corrientes admiten una gama limitada -aunque vasta- de posibles significados de una expresión. Las atribuciones de significado que caen dentro de esta gama son toleradas; aquéllas que caen fuera de la misma son mal toleradas, hasta criticadas, o, simplemente, rechazadas. Por lo tanto, los intérpretes difícilmente pueden alejarse demasiado de los hábitos lingüísticos difundidos. Y entre éstos están incluidos naturalmente -si existen- las interpretaciones (jurídicas) ya propuestas y consolidadas de las expresiones objeto de interpretación». Sobre los límites de hecho de la interpretación cfr. G. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, cit., p. 77: «[...] sus límites están precisamente determinados por los usos lingüísticos que atribuyen ciertos significados a las palabras, que gobiernan el modo en el cuál las palabras se pueden combinar entre sí, y finalmente por la situación histórica en la cual el texto es producido e interpretado»; así como, F. Ost- M. van der Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit*, Bruselas, 1989, pp. 32-34.

[16] Cfr. G. Tarello, *Diritti, enunciati, usi*, cit., p. 425; de todos modos, conviene señalar que ilustres teóricos del derecho han excluido que la interpretación jurídica sea claramente distinta de la interpretación en general, es decir, que tenga una especificidad propia; ésta es, por ejemplo, la opinión expresada por U. Scarpelli, *L'interpretazione, premesse all teoria dell'interpretazione güiridica*, en U. Scarpelli y V. Tomeo (eds.), *Società, norme e valori. Studi in onore di R. Treves*, Milán, 1984, especialmente, p. 162: «Yo me sitúo de hecho entre aquéllos que tienden a reconducir la interpretación jurídica al género de la interpretación...», no obstante, los términos de la polémica no son tan severos. De hecho, el mismo Scarpelli admite que la interpretación jurídica tiene peculiaridades. También Tarello utiliza frecuentemente para el análisis de la interpretación jurídica específica instrumentos teóricos de carácter general. Para un panorama general de los argumentos interpretativos nos remitimos a la nota 13 y a la bibliografía allí citada.

[17] A esta reconstrucción se refiere, entre otros, R. Guastini en *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* cit., p. 359 y ss. El mismo autor reconduce a la interpretación literal los argumentos del lenguaje común y *a contrario*, y a la interpretación correctiva todos los otros, incluso

resulta útil para el análisis de los argumentos interpretativos sistemáticos, en cuanto que, como veremos, no todos éstos entran en relación con la interpretación literal del mismo modo, lo que nos permitirá realizar algunas distinciones, a mi modo de ver, interesantes.

Las someras consideraciones desarrolladas hasta aquí sobre el tema de la interpretación son suficientes para realizar una exposición de los argumentos interpretativos sistemáticos, tal y como éstos son utilizados en el discurso de los juristas[18]. Con la locución «interpretación sistemática» aquí nos referimos a una serie de técnicas y de argumentos interpretativos heterogéneos. Un modo típico de interpretar sistemáticamente consiste en hacer referencia a la situación de la disposición normativa[19], lo que lleva a interpretar una cierta disposición de un determinado modo en relación con su situación.

Un segundo tipo de interpretación sistemática está constituido por la técnica de la disposición combinada, según la cual la norma está constituida por fragmentos de disposiciones normativas combinados entre sí.

En tercer lugar, se hace referencia a la interpretación sistemática cuando se utiliza el argumento de la constancia terminológica, según el cuál el legislador emplea un término siempre del mismo modo[20].

---

los argumentos sistemáticos de los que nos ocuparemos después: es más, la interpretación sistemática viene a constituir una subespecie de la interpretación correctiva. La distinción entre interpretación literal y correctiva, aunque sea válida, debe adoptarse con las debidas precauciones en cuanto que, como se ha señalado, el concepto de significado literal es resbaladizo, el significado propio de las palabras es inasible (cfr. R. Guastini, *Le fonfi del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 360), razón por la cuál también resulta difícil de determinar el concepto de interpretación correctiva. En relación con la vaguedad de las disposiciones normativas cfr. C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milán, 1990. No falta quien critica la distinción entre interpretación literal y correctiva no en el plano de las características del lenguaje (vaguedad, ambigüedad, etc.) sino en el plano de la propia teoría de la interpretación. Es decir, se sostiene que, incluso en los casos en los que se puede partir de un significado claro e inequívoco de una disposición, el intérprete debe ir más allá, atribuyendo a la disposición el significado más adecuado a los valores constitucionales y a los objetivos indicados en la constitución, por lo que la operación hermenéutica se caracteriza por una unidad substancial (para este planteamiento cfr. P. Perlingieri, *L'interpretazione della legge come sistematica ed assiologica, il broccardo* in claris non fit interpretatio, *el rtiolo dell'art. 12 disp. Prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, en ID, *Scuole, tendenze e metodi*, Nápoles, 1989, pp. 273-299).

[18] Como ya he dicho para esta exposición me baso en la reconstrucción proporcionada por R. Guastini, *Le fonti del diritto d l'interpretazione*, cit., p. 377-383, ya que se trata, según me consta, del análisis más reciente.

[19] El argumento de la *sedes materiae*, junto a la consideración del contenido de otras normas constituye, para G. Lazzaro, la interpretación sistemática por excelencia, *L'interpretazione sistematica delle legge*, cit., en particular, pp. 113-127.

[20] Por ejemplo, sosteniendo que el término posesión empleado en varias disposiciones penales en materia de delitos contra el patrimonio se deba entender en el sentido que dispone el art. 1140 del Código Civil, que proporciona una definición de posesión.

También el argumento de la inconstancia terminológica constituye una expresión típica de la interpretación sistemática. El uso de este argumento está en función de la construcción de los subsistemas, ya que se sostiene que no es que el legislador no haya usado el mismo término siempre del mismo modo, sino que el término tiene diversos significados en razón de los diversos contextos en los que se utiliza[21].

También se interpreta de un modo sistemático cuando se recurre a las construcciones dogmáticas para atribuir significado a una disposición normativa[22].

Hay también una subespecie de interpretación sistemática, llamada adaptativa, según la cual a una disposición normativa debe atribuírsele el significado que se adapte mejor, que se adecue, al significado atribuido a otras disposiciones jerárquicamente subordinadas.

El argumento de la coherencia es una de las expresiones típicas de la interpretación sistemática y se utiliza con el fin de hacer coherente el sistema jurídico, es decir, para prevenir, para evitar las antinomiaS[23] y las contradicciones normativas en general.

Como se puede observar, a partir de este breve análisis, la noción de interpretación sistemática se utiliza con relación a argumentos interpretativos heterogéneos, precisamente, porque detrás de cada técnica interpretativa

---

[21] Retomando el ejemplo de la nota anterior: el término posesión se entiende en el ámbito penal en un sentido diverso al que establece el código civil, en virtud de la especificidad del «sistema» penal.

[22] El ejemplo más evidente está constituido, en la doctrina civil italiana, por el concepto de negocio jurídico. Se trata de la llamada construcción jurídica, es decir, de aquella operación que consiste en subsumir un hecho o un acto dado en un concepto dogmático, producto de la dogmática. Acerca de la construcción jurídica cfr. G. Lazzaro, *Storia e teoria della costruzione giuridica*, Turín, 1965. El método de la construcción jurídica ha sido el primer método considerado como interpretación sistemática desde el punto de vista de la interpretación, sobre este punto véase la reconstrucción de K. Larenz, *Storia del metodo della scienza giuridica*, trad. it., Milán, 1966, p. 3 y ss.

[23] Es una opinión difundida, tanto entre los que aplican el derecho como entre los teóricos del derecho, que los sistemas jurídicos a pesar de que no sean coherentes deben tender a la coherencia. Sobre los conceptos de plenitud y coherencia de los sistemas normativos consúltese el análisis de C. E. Alchourrón - E. Bulygin, *Normative Systems*, Wien-New York, 1971. Acerca del concepto de antinomia, véase G. Gavazzi, *Delle antinomie*, Turín, 1959, y A. Ross, *Diritto e giustizia*, trad. it. de G. Gavazzi, Turín, 1965, p. 112: «Existe una incompatibilidad entre dos normas jurídicas cuando los efectos jurídicos incompatibles se refieren a los mismos hechos típicos». Sin embargo, en el texto se ha hecho referencia a las contradicciones normativas en términos generales y no necesariamente a aquellas particulares contradicciones que son las antinomias; se ha usado el término coherencia en relación con las paranomias, es decir, para referirnos no a una «mera contradicción lógica entre las normas» sino «... a algo más, es decir, a la relación que existe entre entidades que no solamente no son incompatibles entre sí, sino que también están ligadas por alguna conexión». En este sentido, véase A. Constanzo, *Condizioni di incoerenza*, Milán, 1992, p. 23 (de la introducción). Además, no faltan las reconstrucciones

hay una noción particular de sistema[24]. En las siguientes páginas, pretendo analizar cada uno de los argumentos citados, con el fin de evaluar en cuáles de ellos la noción de sistema desempeña un papel relevante para los fines interpretativos y en cuáles, por el contrario, la referencia al sistema desempeña un papel secundario, para algunos casi despreciable, no esencial y subordinado al desempeñado por otros argumentos interpretativos. Más claro:

---

más o menos recientes que adoptan una noción de antinomia más amplia que la atribuible a Ross, mencionada más arriba, que no comprende exclusivamente las contradicciones lógicas entre normas, según el uso que he hecho en el texto del término antinomia, sobre este punto cfr. P. Chiassoni, *Le sentenze civili. Istruzioni per l'uso*, en prensa, Giuffré, Milán: así como K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, trad. it., Milán, 1970, p. 255 y ss., en particular, p. 257, quien sugiere usar la noción de antinomia para referirse a cualquier perturbación de la unidad del ordenamiento jurídico. No es indispensable, y tampoco sería posible hacerlo, tratar aquí el concepto de congruencia, y sus relaciones con la coherencia, concepto que desde hace tiempo ocupa el debate teórico anglosajón. Aquí nos limitamos a remitirnos para un resumen de este debate y para los referencias relativas al mismo en la abundante literatura que existe a A. Schiavello, *Su «congruenza» e «diritto»: un'analisi comparata di modelli diversi, Ragion pratica*, Génova, 1998, en prensa.

[24] No es causalidad que en teoría del derecho los argumentos que se reconducen a la interpretación sistemática sean diversos según los autores. R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation*, cit. p. 234 y ss. considera argumentos sistemáticos: «[...] *both to the position of a norm in a legal text, and to the logical or teleological relation of a norm to other norms, goals and principles*». Otros autores se acercan al tema con extrema cautela, afirmando que la interpretación sistemática «[...] *includes inter alia the following arguments 1) the use of a statutory provision for interpreting another such provision; 2) interpretation influenced by the systematic of the statute; 3) interpretation influenced by another type of conceptual analysis; 4) interpretation influenced by other legal-dogmatic theories*», A. Peczenick, *On Law and Reason*, Dordrecht, 1989, p. 384. Aarnio (cfr. *The Rational as Reasonable*, Dordrecht, 1987, pp. 126-128) considera como sistemáticos los argumentos de coherencia y los de las construcciones dogmáticas. Otros (cfr. Tarello, *L'interpretazione della legge*, cit., pp. 375-378) reconducen a la interpretación sistemática los argumentos de la constancia terminológica, dogmático y topográfico, precisando que se trata de argumentos que tienen en común poco más que el nombre, es decir, el ser de algún modo sistemáticos. Además, se debe añadir que, en la literatura italiana relativa al tema de la interpretación jurídica de tradición no analítica, se alude frecuentemente de manera enfática aunque poco útil al elemento sistemático de la interpretación con el fin de atribuir significado a un texto normativo (cfr. E. Betti, *L'interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Milán, 1949, pp. 284-289, que se expresa en términos de «momento sistemático» de la interpretación sin especificar con claridad el modo en que tal «momento» se refleja en la interpretación del texto normativo). A título de ejemplo quisiera subrayar algunos datos relativos a la práctica judicial italiana. En una investigación empírica que estoy llevando a cabo sobre la base de un conjunto de voces (interpretación sistemática, interpretación lógico sistemática, exigencias

sistemáticas, sistema de derecho), inherente a las decisiones tanto de los tribunales inferiores como de los superiores, ha resultado que el recurso expreso a la interpretación sistemática, a las voces mencionadas arriba, desde 1979 hasta hoy, es verdaderamente escaso. Son solamente ciento dieciséis las decisiones en las cuáles se recurre a las voces utilizadas para la investigación y en muchas de ellas se usa la interpretación sistemática como sinónimo de la analogía o como mero soporte de la interpretación literal. Para un cuadro comparado consúltese N. MacCormick- R. Summers, *Interpreting Statutes*, Darmouth, 1991, en especial, pp. 26-43 y 513-518.

intento analizar individualmente las técnicas interpretativas llamadas sistemáticas, para poner en evidencia los diversos conceptos de sistema a los cuales se refieren y la preponderancia, en algunas de ellas, de otros factores (literal, teleológico) determinantes para la atribución o la elección entre los posibles significados del texto normativo.

2. Interpretación y sistema

Se ha visto, a partir de las contribuciones más recientes, cuáles son los argumentos interpretativos sistemáticos, y no es difícil advertir la variedad de las nociones de sistema a las que se hace referencia en el empleo de estos argumentos. Sin embargo, antes de analizar individualmente las distintas técnicas interpretativas con el objetivo de realizar la operación de terapia lingüística de la que se ha hablado[25], conviene detenerse en la noción de sistema jurídico, para valorar la relevancia que tiene esta noción en relación con la interpretación; de todos modos, se puede ya avanzar que la abundante literatura que existe sobre el sistema jurídico no es de gran ayuda para el estudio de la interpretación sistemática, y pido disculpas al lector por el tono desenvuelto y excesivamente sintético de los pasajes de la siguiente exposición.

Se entiende por sistema jurídico un conjunto no vacío de elementos entre los cuáles subsisten diferentes relaciones[26]. Las relaciones entre los elementos pueden venir dadas por el orden en el cual el teórico exponga el resultado de su propia investigación (sistema extrínseco), por un cuerpo de doctrina de uno o más juristas, o por «[...] cualquier cosa que no sea relativa al modo de exponer un conjunto de conocimientos, sino el *objeto mismo* de una investigación teórica [...] esta segunda noción puede llamarse sistema intrínseco y puede especificarse para indicar: una totalidad deductiva de discurso cualquier totalidad o todo organizado [...] de organismo y de unidad finalística»[27] (sistema intrínseco). Se ha señalado correctamente que, desde este último punto de vista, el sistema «[...] *peut etre également conçue, soit dans une perspective "formalle" comme repondant à des exigenses de clartè, de non redondance, de cohèrence et de complétude, soit dans une perspective plus "materialle" et axiologique comme rèpondant à*

[25] Véase nota 5.

[26] Éste es el núcleo de la definición que constituye el punto de partida del análisis desarrollado por M. G. Losano, *Sistema e struttura nel diritto*, vol. 1, Turín, 1968. La literatura italiana y extranjera en el tema del sistema jurídico es vastísima, nos remitimos a los textos ya citados y a la bibliografía indicada en los mismos.

[27] G. Lazzaro, voz *Sistema giuridico*, en *Noviss. Dig. Italiano*, vol. XIX, Turín, 1970, p. 459.

un souci d'harmonie dans le contenue des règles appartenant à un même ensemble»[28].

Esta idea de sistema como unidad finalista fue aplicada al derecho por los exponentes de la escuela histórica; en este sentido, las palabras de von Savigny son emblemáticas: «El orden de una obra sistemática está naturalmente determinado por esa íntima conexión que se debe reflejar en ella. A menudo se quiere pensar sólo en esto cuando se habla de tratamiento sistemático, [...] las relaciones jurídicas de la rica y vívida realidad forman un todo orgánico, que nosotros, sin embargo, estamos constreñidos a descomponer en sus partes para comprenderlas sucesivamente y para poderlas comunicar a otros»[29]. Por consiguiente, para von Savigny, el derecho es un sistema puesto que el mismo no es considerado simplemente como un conjunto de normas diversas, sino como un organismo que se refleja en sus normas[30]. No hay duda de que la idea de sistema como un todo unitario y coherente ha tenido una influencia determinante en el pensamiento de los teóricos posteriores, a pesar de haberse introducido frecuentemente en contextos histórico-jurídicos distintos de aquéllos en los que von Savigny había madurado su pensamiento. Asimismo, la influencia ha sido relevante también en el campo de la interpretación al ser el jurista alemán el defensor más autorizado de la interpretación sistemática[31]. En su obra, como se ha destacado[32], se diferencian claramente los aspectos teleológicos de la interpretación de los estrictamente sistemáticos y es siguiendo esta línea de pensamiento, releyéndola a la luz del análisis de los rasgos característicos o deseables de los sistemas jurídicos, que es posible reexaminar, aclarar, el concepto de interpretación sistemática.

---

[28] F. Ost- M. Kerchove, *Entre la lettre et l'esprit*, cit., p. 57.

[29] F. C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, trad. it. de V. Sciajola, Turín, 1886,p. 21.

[30] Conviene aclarar que en von Savigny la interpretación se caracteriza como una actividad intelectual, y el sistema es una obra predominantemente del jurista dogmático, a quien corresponde, en ausencia de leyes o de códices, que no son realmente necesarios para el pensador alemán, la labor de sistematizar y convertir en orgánico el derecho. En relación con la mayor parte de los ordenamientos continentales contemporáneos, basados en la codificación, el concepto de interpretación sistemática de von Savigny ya no está vigente, puesto que los códigos son la base del sistema incluso en lo que concierne a la interpretación y los protagonistas, si se puede decir así, no son ya los dogmáticos sino los juristas.

[31] Para ser más exactos, von Savigny individualiza cuatro elementos de la interpretación: gramatical, lógico, histórico y, precisamente, sistemático, cfr. F. C. von Savigny, *Sistema del diritto romano attuale*, cit., pp. 212 y ss.

[32] D. Farias, *Interpretazione e logica*, Milán, 1990, pp. 232-248, donde se demuestra que la interpretación lógica de von Savigny corresponde a la hoy denominada interpretación teleológico-objetiva, y que la interpretación sistemática está caracterizada por la necesidad de armonizar la norma en el sistema, en un todo orgánico.

Por otra parte, es una opinión extendida entre los teóricos del derecho y entre los juristas que el ordenamiento jurídico o sistema[33] es un conjunto de normas válidas; al asumir que el derecho es un ordenamiento o sistema se quiere decir que el derecho «[...] es algo ordenado, sistemático, no caótico y, precisamente por ello, unitario, tendencialmente coherente, y (quizá incluso) tendencialmente completo»[34]. La caracterización del sistema como conjunto de normas tendencialmente coherente da lugar a problemas particulares desde la perspectiva de la interpretación. En realidad, los sistemas jurídicos se presentan como un conjunto de disposiciones, de textos normativos, siendo las normas, como se ha visto, el producto, el resultado de la interpretación. Además, los textos normativos son susceptibles de interpretaciones múltiples y variables, razón por la cual «[...] la representación de los ordenamientos jurídicos como conjuntos de normas (en sentido propio) oscurece el hecho de que los actos que habitualmente consideramos como normativos -como ejemplo paradigmático tenemos los actos legislativos producen, en rigor, no ya normas, hechas y terminadas, sino más bien textos normativos, cada uno de los cuáles es susceptible: por un lado, (a) de interpretaciones sincrónicamente múltiples y, por otro, (b) de interpretaciones diacrónicamente cambiantes»[35]. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico no es algo dado, sino que sobre él incide profundamente la interpretación, dado que las normas son el resultado de la misma. Por ello, me parece que se puede

---

[33] Usos los términos «ordenamiento» y «sistema» jurídico como sinónimos, a pesar de que la sinonimia no sea pacífica; sobre este tema cfr. G. Tarello, *Prospetto per la voce «Ordinamento giuridico» de una enciclopedia*, en *Politica del diritto*, 1975, pp. 73-102; así como para un útil resumen de la evolución de los conceptos de sistema y ordenamiento jurídico a partir del siglo XIX, M. Barberis, *Insiemi e sistemi*, cit., en particular. pp. 2-9.

[34] R. Guastini, voz *Ordinamiento giuridico*, en *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Turín, 1995, p. 4 (del extracto). La coherencia entendida como no contradicción entre normas se considera como una condición deseable de los sistemas jurídicos, a la cual deben tender los intérpretes, M. van de Kerchove - E Ost, *Le système juridique entre ordre et desordre*, Bruselas, 1988, p. 83: «*Quant à la cohérence tout d'abord, on ne peut nier l'importance d'une telle propriete, que ce soit au niveau des idéax généraux qui polarisent en permanance l'activité et la pensée juridiques, ott que ce soit au niveau de la définition plus spécifique de la notion même de système juridique*». En este sentido, véase también la obra clásica de N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Turín, 1960, p. 80.

[35] R. Guastini, *voz Ordinamento giuridico*, cit., p. 6 (del extracto). M. van de Kerchove -F. Ost afirman que el sistema jurídico es una entidad mutable, cambiante cuyo orden se forma pasando por un desorden (y viceversa) determinado precisamente por las inevitables antinomias, por la pluralidad de intereses, de conflictos, que caracterizan necesariamente a los sistemas jurídicos, *Le système juridique entre ordre et desordre*, cit., pp. 233-240. Del tema de la relación entre sistema e interpretación se ha ocupado también A. Aarnio, *The Rational as Reasonable*, cit., p. 128: «*In other words, the result of the interpretation depends on the systemic whole, and the systemic whole depends on the content that the norm being interpreted receives. The system is not given in advance (once for all) but is partially formulated on the basis of interpretation*», opinión que comparto.

afirmar que, en el plano de la evolución histórica y de las características que se considera que un sistema, que un ordenamiento jurídico, debe alcanzar, el concepto de interpretación sistemática se puede comprender mejor si se refiere sólo, o preferentemente, a los argumentos interpretativos que conllevan una atribución de significado, o una elección entre más significados posibles, por medio de la cual se hace coherente el sistema, evitando, previniendo, las posibles contradicciones entre normas[36].

3. Subsistemas, interpretación teleológica y coherencia del sistema jurídico

A la luz de lo que se ha expuesto hasta aquí es fácil apercibirse de la ambigüedad de la noción de interpretación sistemática, bien en relación con el registro de los hábitos interpretativos extendidos en el ambiente jurídico, o bien, en lo que concierne a las reconstrucciones realizadas por reconocidos teóricos del derecho. Por lo tanto, conviene intentar reducir la ambigüedad de la noción objeto de examen, analizando cada uno de los argumentos interpretativos sistemáticos. Me ocuparé de los distintos métodos sistemáticos de atribución de significado distinguiendo entre la interpretación sistemática en sentido fuerte y en sentido débil, según que los distintos argumentos se refieran o no al sistema jurídico entendido en su conjunto, a su «coherentización» con el objetivo de evitar las antinomias, o a partes y visiones extrínsecas del sistema jurídico, y no con el objetivo de la coherencia, en el sentido aclarado en las páginas anteriores de unidad formal y material de este sistema[37], siendo otros argumentos interpretativos, el teleológico en particular, los que asumen una relevancia primaria en la atribución de significado, con la esperanza de llevar a cabo una operación clasificatoria que haga útil, es decir, menos ambiguo, el concepto de interpretación sistemática[38].

---

[36] En este sentido también S. Soler, *La interpretación de la ley*, Barcelona, 1962, pp. 110-112. R. Alexy sostiene que es sistemática en sentido estricto la interpretación relativa a la exclusión, a la prevención de los conflictos entre normas, *A Theory of Legal Argumentation*, cit., p. 240. Este autor prefiere definir los otros argumentos de naturaleza sistemática como sistemático-teleológicos, poniendo en evidencia el predominio de este último aspecto.

[37] Cfr. nota 23.

[38] Es necesario aclarar las relaciones entre el «objetivo de la coherencia» y los argumentos interpretativos. Estos últimos pueden ser divididos en dos tipos fundamentales: de primer y de segundo grado. Los argumentos de primer grado son aquéllos por medio de los cuales se atribuye significado a un texto normativo; son de segundo grado los métodos, las técnicas interpretativas utilizadas para elegir, o para apoyar, una determinada atribución de significado respecto a otras atribuciones efectuadas con los argumentos de primer grado. Por lo tanto, la coherencia, la cohesión entre las normas, se puede obtener a través de cualquier técnica interpretativa (teleológica, literal, *a contrario*, etc.), sin embargo, lo que caracteriza la interpretación sistemática es, según mi modo de ver, el punto de vista del intérprete, que se fija el objetivo de la coherencia y de la armonía entre las normas como decisivo en la elección entre las posibles atribuciones de significado. Por consiguiente, como trataré de explicar a continuación, los argumentos de segundo grado son reconducibles a la interpretación sistemática propiamente dicha.

Argumento de las sedes materiae o topográfico. Conforme a este argumento, debe atribuirse significado a las formulaciones legislativas a partir de los indicios que se pueden obtener de la situación de la disposición en el texto normativo[39]. En realidad, este argumento es de naturaleza textual y no propiamente sistemática[40], en cuanto que la idea de sistema aquí no desempeña un papel determinante en la atribución de significado, sino que, en buena medida, está ligada al contexto literal-textual, es decir, al significado que las disposiciones asumen en el lenguaje ordinario o técnico-jurídico y en su conexión sintáctica, así como a la indagación de la intención del legislador[41], sin que haya aquí una relación estrecha entre la atribución de significado al texto normativo y el sistema jurídico entendido como un sistema tendencialmente coherente. Además, la referencia topográfica no recurre al sistema jurídico sino al sistema de la ley o al subsistema en el cual se sitúa la disposición. Este argumento es sistemático en sentido débil.

Argumento de la constancia terminológica. Conforme a este argumento, debe atribuirse el mismo significado a los mismos términos recurrentes en los textos normativos. Esto significa que, al atribuir significado a un término contenido en una formulación normativa, se debe tener en cuenta el significado que esta expresión asume en otras disposiciones normativas. El

[39] Esta técnica interpretativa se fundamenta en el presupuesto de la racionalidad del legislador conforme al cual este dispone de manera ordenada y no casual. Este modo de pensar se puede conectar con la idea misma de sistema entendida en sentido extrínseco, como método de disposición. Acerca del principio de racionalidad del legislador véase E Ost, *L'interpretation judiciaire et le postulat de rationalité du legislateur*, en M. van de Kerchove- F. Ost, *Jalons pour une thèorie du droit*, Bruselas, 1987, pp. 355-419.

[40] Se puede decir con E. Diciotti, *Norme, validità e interpretazione giudiziale*, cit., p. 245, que se trata de un método textual, conforme al cual se considera a las disposiciones normativas no sólo en su significado literal sino también en relación ron el ámbito textual en el que éstas se sitúan (así también, G. Gavazzi, *Elementi di teoria del diritto*, cit., p. 78: «La interpretación sistemática puede considerarse textual si las disposiciones pertenecen al mismo texto»). Por lo que la dicotomía inicial interpretación declarativa e interpretación correctiva puede substituirse por la dicotomía interpretación textual y correctiva. A la interpretación textual son reconducibles todos los argumentos conectados con el ámbito textual de la disposición, a la interpretación correctiva todos los otros, entre los cuales se pueden incluir también los argumentos interpretativos sistemáticos entendidos en sentido fuerte.

[41] Como se ha señalado, el argumento teleológico puede ser reconstruido en sentido subjetivo y objetivo. En el primer caso, se hace referencia a la intención del legislador histórico, utilizando como fuente reconstructiva de la misma los trabajos preparatorios; en el segundo caso, se hace referencia a la voluntad de la ley, desconectada del legislador histórico, determinada de modo objetivo, devaluando así el papel de los trabajos preparatorios. Sobre este tema véase el reciente trabajo de A. Moscarini, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Turín, 1996, así como A. Peczenick, *On Law and Reason*, cit., pp. 346-355 y 404-418.

intérprete puede mantener la constancia terminológica sólo en el ámbito de la misma ley o de un determinado ámbito disciplinar (penal, civil...); por consiguiente, se trata de una interpretación sistemática en sentido débil, puesto que el intérprete está motivado por consideraciones de carácter predominantemente teleológico. En efecto, atribuir el mismo significado al mismo término en el interior de la misma ley o del mismo ámbito disciplinar implica sostener que existen razones, objetivos, finalidades ligadas a la ley o un ámbito disciplinar particular, que determinan la necesidad de un uso constante de los mismos términos[42]. Sostener que un término deba entenderse del mismo modo en cualquier texto normativo en que se repita, independientemente del sector disciplinar en el que se sitúe la disposición normativa en que éste se encuentre, supone realizar una interpretación sistemática también en sentido débil, ya que se considera el sistema, el ordenamiento jurídico, en una visión unitaria, total, no fraccionada, pero sólo debido a un presupuesto de razonabilidad lingüística del legislador o a razones teleológicas y no con la finalidad de hacerlo coherente.

Argumento de la inconstancia terminológica. Al utilizar este argumento el intérprete atribuye a un término un significado distinto del que éste tiene en otras normas, sosteniendo que conviene hacerlo en cuanto que exigencias particulares así lo requieren. A mi modo de ver, esta técnica interpretativa tiene una naturaleza teleológica y no estrictamente sistemática. En efecto, el intérprete argumenta sobre la base de consideraciones subsistemáticas, es decir, en relación con los objetivos, con las razones, relativas al sector disciplinar al que pertenece la disposición normativa. En el ámbito penal, interpretar la noción de posesión de modo diferente al que dispone el art. 1140 del código civil, significa realizar una operación teleológica, ya que se defiende que, en virtud del interés protegido en las disposiciones penales en las que aparece el término posesión, éste no puede entenderse del mismo modo que en el ámbito civil[43]. Por lo tanto, este argumento es sistemático

---

[42] K. Engisch. *Introduzione al pensiero giuridico*, cit., pp. 120-121, considera imposible escindir la interpretación sistemática de la teleológica: «Puesto que la relación sistemática de cada norma con el ordenamiento jurídico en su conjunto es en gran parte de naturaleza teleológica, dado que las normas generalmente tienen la finalidad de realizar, junto a otras normas, determinados objetivos [...] es muy difícil separar la interpretación sistemática de la teleológica». Está fuera de duda que las dos formas de interpretación, teleológica y sistemática, están relacionadas, el problema no es poner en evidencia este hecho sino identificar criterios de distinción satisfactorios que permitan que las dos nociones ocupen espacios de recíproca autonomía y que no terminen, por el contrario, en una confusa sinonimia.

[43] Para ser más claros: en los delitos contra el patrimonio (hurto, apropiación indebida, etc., regulados en los artículos 624-649 del código penal italiano), el término posesión frecuentemente recurrente debe entenderse como dominio autónomo sobre la cosa y no como ejercicio sobre la cosa de un poder correspondiente al derecho de propiedad o a otro derecho real, tal y como está establecido en el artículo 1140 del código civil, puesto que el interés protegido en las normas penales en cuestión (determinado en vía subjetiva u objetiva), exige esta interpretación y no la que se deriva del argumento de la constancia terminológica.

en sentido débil al ser un instrumento de la interpretación teleológica objetiva o subjetiva que sea.

Argumento de la disposición combinada. Este argumento es, a mi modo de ver, particularmente complejo y de difícil clasificación. En efecto, muchos de los ejemplos citados para aclarar el contenido de esta técnica interpretativa no son indicativos. Es recurrente el ejemplo de la determinación del significado de una disposición sobre la base de otras disposiciones a las que ésta reenvía de manera expresa o implícita[44]. Entendido de este modo, el argumento no es sino un supuesto de determinación de una norma por medio de otras disposiciones y nada más, careciendo, por lo tanto, de una autonomía conceptual particular. Realmente, no me parece que tenga una relación particular con la interpretación sistemática como no sea en el sentido débil y obvio de que para atribuir significado a un texto normativo es necesario tener en cuenta las conexiones que existen entre este texto y otras disposiciones normativas[45].

Argumento de la coherencia, de la interpretación adaptativa y de las construcciones dogmáticas. Éstas son las tres técnicas interpretativas sistemáticas en sentido fuerte, ya que se refieren al sistema entendido en un sentido unitario, como un todo que debe tender a la coherencia, a la prevención de las contradicciones normativas.

Apelando a la coherencia se descarta toda posible atribución de significado a una disposición que determine una divergencia, un conflicto con el contenido de cualquier otra disposición ya interpretada. No es estrictamente necesario que entre las normas exista una relación jerárquica.

Una aplicación particular del argumento de la coherencia viene dado por la interpretación adaptativa, en la que entra en juego el problema de las jerarquías normativas y axiológicas. Se refiere a la adecuación de significado de una disposición al significado (ya establecido) de otras disposiciones de rango superior (como ejemplo paradigmático encontramos la interpretación constitucionalmente orientada de las disposiciones legales); pero también se hace referencia a la interpretación adaptativa cuando se adecua el significado de la disposición normativa a un principio general del derecho, establecido

---

[44] Para algunos ejemplos cfr. R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., p. 378.

[45] En el mismo sentido del texto cfr. M. Jori- A. Pintore, *Manuale di teoria generale del diritto*, cit., p. 213: «Por lo tanto, interpretar el derecho siempre quiere decir componer y relacionar los significados relevantes de muchísimas disposiciones jurídicas... el caso más simple y evidente de esta labor de composición es la investigación de lo que la práctica jurídica llama la "disposición combinada" [*combinado disposto*]».

con antelación. En el primer caso, la interpretación está condicionada por una jerarquía formal, en el segundo, por una jerarquía que se puede definir, de un modo aproximativo, como axiológica[46].

También el uso de construcciones dogmáticas con fines interpretativos constituye una forma de interpretación sistemática en sentido fuerte, puesto que el uso de una construcción jurídica, de un concepto general elaborado por el intérprete, sirve para armonizar, para hacer coherentes las disposiciones objeto de interpretación[47]. El uso de la construcción dogmática constituye una interpretación más que sistemática, «sistematizante», puesto que el intérprete construye un sistema de relaciones normativas compatible con la construcción dogmática utilizada[48].

4. Algunas conclusiones

No sé si haya logrado clarificar el concepto de interpretación sistemática. En resumen se puede decir que: 1) es conveniente dividir el concepto de interpretación sistemática en dos subclases: interpretación sistemática en sentido fuerte y en sentido débil. La distinción se fundamenta en el hecho de que a la primera son reconducibles aquellos argumentos que permiten hacer coherente el sistema, que permiten la prevención de las antinomias, de los conflictos entre las normas, asumiendo este aspecto una función fundamental en la atribución, y/o en la preferencia, de un significado, en la corrección en sentido restrictivo o extensivo del significado del texto normativo. A la segunda subespecie (interpretación sistemática en sentido débil), son reconducibles los otros argumentos interpretativos comúnmente considerados sistemáticos (inconstancia terminológica, etc.), ya que, en estos casos, no se prefiere el fin de la coherencia entre las normas, y la atribución

---

[46] En este sentido, R. Guastini, *Le fonti del diritto e l'interpretazione*, cit., pp. 381-383, en particular, p. 383: «Claramente, las diversas formas de interpretación adaptativa tienen el objetivo (y el efecto) de evitar el surgimiento de antinomias entre las normas de distinto grado jerárquico, o entre las normas particulares y los principios generales, según los casos. Por esta razón, la interpretación adaptativa siempre puede ser argumentada -y habitualmente lo es- recurriendo al dogma de la coherencia del derecho». Como trabajo reciente sobre las diversas formas de jerarquía normativa véase: R. Guastini, *Gerarchie normative*, en *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2/97, Bolonia, 1997, pp. 463-487, en particular, pp. 470-471, donde se enumeran cuatro tipos de jerarquías entre normas y se aclaran los conceptos de jerarquía formal y axiológica. Acerca del concepto de "principio del derecho" nos remitimos a la vastísima literatura existente sobre la materia, buena parte de la cuál puede encontrarse en R. Guastini, voz *Principi di diritto*, en *Dig. disc. priv. sez. civ.*, vol. XIV, Turín, 1996, pp. 34 1-354.

[47] En efecto, ésta ha sido la operación realizada por la Pandectística alemana en el siglo XIX al elaborar conceptos generales que permitieran una sistematización orgánica; un ejemplo que ya he citado es el concepto de negocio jurídico.

[48] Debo esta última observación al Prof. Ernesto Garzón Valdés.

de significado se lleva a cabo en función de criterios textuales o teleológicos. Además, en estos casos, el «sistema» al que se hace referencia está dado por el contexto textual de la disposición o por el ámbito disciplinar al que ésta pertenezca. 2) El concepto de coherencia al que se ha hecho referencia en el texto abarca no sólo las contradicciones lógicas entre las normas sino también la cohesión de las mismas.

(Trad. de Amalia Amaya)

PRESUNCIONES*

Presunciones legales. En un estimulante ensayo de Edria Ullmann-Margalit, *«On Presumption»* (1983)[1], la autora explica que la noción de *presunción* desempeña un papel importante en toda deliberación práctica, por lo que su función en el derecho cobra, en determinados contextos, relevancia especial. Y esto es así porque, según afirma, las presunciones legales fuerzan a tomar algo como verdadero bajo determinados supuestos; en ocasiones, el derecho interviene y establece reglas en forma de presunciones en virtud de las cuales se «infiere» un hecho controvertido, a partir de ciertos hechos básicos ya establecidos, mientras no se aporten elementos de prueba suficientes en sentido contrario. De este modo, las presunciones indican anticipadamente una respuesta posible a la cuestión controvertida, a los efectos de producir una decisión. En otros términos: con el fin de resolver un caso, el juzgador debe, por disposición legal, tomar como cierta determinada proposición o como producido determinado estado de cosas, mientras no existan elementos de prueba en contra.

De acuerdo con la propuesta de Ullmann-Margalit, las presunciones pueden representarse mediante una fórmula con la siguiente forma estándar (p. 147):

(1) Pres (P, Q)

donde «Pres» representa el operador de presunción, «P» el hecho que da lugar a la presunción y «Q» el hecho presumido. Como las letras mayúsculas indican descripciones genéricas de estados de cosas previstas en la ley, las minúsculas (p, q) indicarían descripciones particulares correspondientes a casos individuales. Consiguientemente, la fórmula (1) se leería entonces del siguiente modo: «P da lugar a la presunción de que Q», o «Existe la presunción,

---

* Versión en castellano de «Presumptions», *Ratio Iuris*, Vol. 11, Núm. 4.

[1] Ullmann-Margalit, E., «On Presumption», en The Journal of *Philosophy*, Vol. LXXX, Núm. 3, Marzo 1983, ps. 143-63.

a partir de P, que Q». Así, cuando se afirma que cabe la presunción en un caso dado, quiere decirse que el hecho genérico que da lugar a la presunción se ha producido en esa circunstancia concreta. Por ello, en rigor, la *regla de presunción* establece lo siguiente: «Dado que es el caso de que p, debe procederse como si q fuese verdadero, a no ser que, o hasta que, existan razones suficientes para creer que no es el caso de que q».

La fórmula en cuestión ha merecido algunos comentarios, sugeridos por la propia Ullmann-Margalit (ps. 147-52). Primero, que la regla no tiene tanto que ver con la afirmación de hechos como con el proceder sobre su base, ya que su objeto es facilitar la toma de decisiones, superando situaciones de incertidumbre-, no ordena a sus destinatarios, sin embargo, determinada acción física, sino que dispone que tomen cierta proposición como si fuese verdadera, como base para actuar. Segundo, que las presunciones están asociadas con ciertas inferencias, pero las presunciones, en sí mismas, no versan acerca de inferencias, es decir, no implican compromiso alguno con, ni garantizan, el valor de verdad de la proposición presumida: la presunción dispone que, en la práctica, se pase de una proposición a otra. Tercero, la presunción pone en marcha un mecanismo en base al cual el destinatario procede sobre la base de la proposición presumida, pero tal curso de acción puede ser bloqueado si (o en el momento que) el destinatario encuentra elementos de juicio suficientes para creer que no q, lo que supondría que la presunción ha dejado de operar.

Analizaré en lo sucesivo algunos de los puntos centrales de la propuesta de Ullmann-Margalit. Centraré mi atención básicamente en lo siguiente: la noción de *presunción*, el status de los enunciados de presunción, el carácter y la función de las normas de presunción y la manera de representarlas; consideraré, finalmente, un par de estrategias destinadas a impedir que una presunción opere en un caso dado.

La noción de presunción. Todo parece indicar que el verbo «presumir» se emplea de diversas maneras y con significados distintos en ciertos contextos. Consiguientemente, un tipo de confusión podría originarse en la falta de distinción adecuada entre diversos significados del término en cuestión. Pero incluso en caso de que el término fuera empleado con un único significado, la falta de claridad respecto de lo que pretende decirse cuando se lo usa con ese significado podría constituir una fuente adicional de confusiones. De este modo, una contribución importante consistiría en distinguir diversos usos de «presumir» y en explicitar sus condiciones de aplicación en cada uno de ellos. No procederé, sin embargo, de este modo.

Partiré, no obstante, de la base de que «presumir» integra un conjunto bastante homogéneo de verbos emparentados semánticamente (con un número

importante de miembros) entre los que cuentan «sospechar», «conjeturar», «suponer», «creer», «asumir», «admitir», «acceder», «presuponer», «hipotetizar», «imaginar», «subentender», «teorizar», «presentir», «desconfiar», «postular», «dar [por]», «poner [por caso]», «figurar[se]»[2]. Muchos de los verbos del listado anterior, incluso, son sinónimos de, o equivalentes a, «presumir» en ciertos ámbitos, razón por la cual se hace difícil aceptar que, cuando se emplea el término «presumir», sólo existe una única manera de entender el enunciado que lo contiene. Por lo tanto, un enunciado de la forma «Debe presumirse, a partir de P, que Q», puede ser interpretado, en principio, de distintas maneras, asociadas ellas a significados diferentes de «presumir» y «presunción». No pretendo efectuar ningún hallazgo semántico a este respecto. Sencillamente propondré un modo de concebir la noción de presunción que lleve un paso más adelante la idea de tomar como verdadero, propuesta por Ullmann-Margalit como soporte de la noción de presunción.

En mi opinión, el mejor candidato para elucidar la idea de presunción, tal como ella opera en el ámbito de las presunciones legales, parece el concepto de *aceptación*, concebido a la manera de Cohen, con alguna modificación menor. Según Cohen, aceptar la proposición p es adoptar una política (o estrategia) de tomar (asumir, postular) p como una premisa en algún contexto (o en todos los contextos), sobre la base de ciertas pruebas, argumentos, inferencias o deliberaciones[3]. En otras palabras, aceptar p consiste en usar p como premisa de un razonamiento. De acuerdo con la explicación de Cohen, sin embargo, pareciera que la aceptación de una proposición supone, exclusivamente, la inclusión de p en un razonamiento teórico; de ser ello así, debería modificarse ligeramente la idea, ampliándola, de manera que la aceptación de una proposición pudiera producirse en un razonamiento práctico, a los efectos de justificar una acción o una decisión.

Otro par de buenos candidatos para elucidar la idea de presunción representan los conceptos de *creencia* y *suposición*. El primero, sin embargo, resulta inadecuado por su carácter pasivo, en el sentido de que las creencias no están sujetas a adopción o eliminación voluntaria. Este rasgo se origina en una de las notas definitorias de las creencias, a saber, su pretensión de

---

[2] Sobre este conjunto de conceptos conexos, pueden verse, entre otros, los siguientes ensayos: Sellars, W., «Presupposing», en *Philosophical Review*, Núm. 63, 1954; Hall, R., «Assuming: One Set of Positing Words», en *Philosophical Review*, Núm. 67, 1958; Llewelyn, J. E. «Presuppositions, assumptions and presumptions», en *Theoria*, Vol. XXVIII, Núm. 2, 1962; Lamb, J. «Knowledge and Justified Presumption», en *The Journal of Philosophy*, Vol. LXIX, Núm. 5, Marzo 1972; Cohen, J. L., «Belief and Acceptance», en *Mind*, Vol. XCVIII, Núm. 391, 1989; Ullmann-Margalit, E., «Holding True and Holding as True», en *Synthese*, Núm. 92, 1992.

[3] Cohen, L. J., «Belief and Acceptance», antes citado, p. 368.

verdad: como advierte Redondo, si se puede decidir tener creencias, se puede decidir tener creencias falsas; no se puede decidir tener creencias falsas; por lo tanto, no se puede decidir tener creencias[4]. El segundo, por su lado, si bien comparte con el concepto de *aceptación* el rasgo de exigir la inclusión de una proposición como premisa de un razonamiento, carece del rasgo práctico que aquél exhibe, pues la suposición en nada compromete con la acción. La aceptación, en cambio, está directamente vinculada con la acción, en el sentido de que genera la expectativa de que se realicen determinados actos conformes con los contenidos aceptados; aunque no garantiza la ejecución de la acción, la aceptación representa un motivo capaz de dar lugar a ella[5].

Entre aceptación y creencia, por cierto, no existe una conexión conceptual (necesaria), puesto que aceptar una proposición es compatible con no tener creencia alguna respecto de ella e, incluso, con creer que ella es falsa. Aceptar p no compromete, pues, con ninguna creencia a su respecto: un sujeto puede aceptar p, en el sentido de usarla como premisa de un razonamiento justificatorio (o teórico), y no tener creencia respecto de la verdad o falsedad de p. Nada impide, desde este punto de vista, afirmar «Acepto p, pero no es el caso de que crea p». La inversa, por lo demás, también vale: un sujeto puede creer p y, en determinadas circunstancias, no aceptar p, es decir, no usarla como premisa de un razonamiento justificatorio, a pesar de su creencia en la verdad de ella. Así, cabe afirmar, desde otro punto de vista, «Creo p, pero no acepto p (en este contexto, o a los efectos de este razonamiento)». Estas observaciones muestran un par de rasgos interesantes de la noción de *aceptación* y permiten señalar que las razones para aceptar una proposición no necesariamente deben ser razones epistémicas, lo que es tanto como decir que no es preciso que el fundamento de la aceptación sea la creencia de la proposición en cuestión[6].

El elemento contextual también juega, claro está, un papel de suma importancia en el análisis del concepto de *aceptación*. En este sentido, surge de la explicación anterior que un sujeto puede aceptar una proposición en un contexto determinado y no aceptarla en otro contexto, es decir, un sujeto puede aceptar la proposición p en un cierto contexto de razonamiento justificatorio y no aceptarla en otro[7]. Parece seguirse de esto, además, que la

---

[4] Redondo, M.C., *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, ps. 184-5.

[5] Ibidem, p. 189.

[6] Cohen, L. J., «Belief and Acceptance», p. 369.

[7] Este rasgo de contextualidad de la aceptación ha sido claramente destacado por Michael Bratman en su ensayo «Practical Reasoning and Acceptance in a Context», en *Mind*, Vol. 101, Núm. 401, 1992, ps. 10-11.

noción de aceptación es relativa no sólo en cuanto al contexto, sino también en cuanto al tiempo, puesto que un sujeto puede aceptar p en un tiempo dado y no aceptarla en un tiempo posterior. Este rasgo de variabilidad en el tiempo de la aceptación no requiere una acotación específica, en el sentido de que la aceptación no exige una determinada estabilidad mínima. Por el contrario, la idea de aceptación entraña el rasgo de transitoriedad señalado, en tanto que no existe clase alguna de exigencia conceptual respecto del tiempo de aceptación de una proposición. Existe sí, en cambio, una exigencia contextual conexa, por cuanto que la aceptación de una proposición (o de un conjunto de proposiciones) compromete con la aceptación de las consecuencias lógicas de esa proposición (o de ese conjunto de proposiciones). Esta exigencia se traduce, de inicio, en el compromiso de no aceptar una proposición y su negación, al mismo tiempo, en el mismo contexto.

Enunciados de presunción. Es sabido que alguna confusión puede derivar del empleo de ciertas oraciones a partir de su formulación. Por ejemplo, las oraciones deónticas, oraciones que incluyen términos como «obligatorio», «prohibido» o «permitido», exhiben una ambigüedad característica, ya que pueden ser interpretadas como expresiones de *normas* o de *proposiciones normativas*. Así el enunciado «Es obligatorio presumir, a partir de P, que Q», puede ser interpretado de dos maneras muy diferentes: *prescriptivamente*, como formulación de una *norma*, o *descriptivamente*, como formulación de una *proposición normativa*. Algo así se percibe en la propuesta de Ullmann-Margalit, puesto que sus *enunciados de presunción* tienen dos lecturas distintas, una descriptiva y otra prescriptiva. En efecto, en ciertas ocasiones esos enunciados se presentan con forma descriptiva («Existe (hay) la presunción, a partir de P, que Q»), mientras que en otras se presentan con forma prescriptiva («Dado que es el caso de que P, se procederá como si Q»). Es obvio que la lectura e interpretación de ambos enunciados difiere sustancialmente: en el primer caso se afirma que existe una presunción determinada en ciertas circunstancias, mientras que en el segundo caso se *ordena* (o *dispone*) presumir algo en ciertas circunstancias.

Conviene tener presente que las proposiciones normativas son siempre relativas a una norma o un sistema normativo. De este modo, los enunciados interpretados descriptivamente indican qué status normativo tienen determinados estados de cosas o acciones. Y como este status normativo lo confieren las normas, cuando una norma *n* prescribe que p debe ser (o se debe hacer) decimos que p es obligatorio en relación a la norma *n*; de igual modo, cuando una norma *n* prescribe que p no debe ser (o no se debe hacer), decimos que p está prohibido en relación a la norma n. Se acepta, en general, además, que las proposiciones normativas son relativas a un sistema,

por lo que tales proposiciones exigen una especificación adicional acerca del sistema en cuestión (está claro que la misma acción puede ser obligatoria -prohibida o permitida- en un sistema normativo y no ser obligatoria -prohibida o permitida- en otro sistema normativo). Por tal razón, la formulación «p es obligatoria» no puede considerarse una formulación completa: mientras no se indique de qué sistema normativo se trata, la formulación no expresará una proposición con valor de verdad (o, si se prefiere, dejará su valor de verdad indeterminado). Esto sucede con la lectura descriptiva de los enunciados de presunción de Ullmann-Margalit, pues en ellos no se especifica en qué sistema existe la presunción en cuestión: decir «Existe (hay) la presunción, a partir de P, que Q», carece de valor de verdad (o, si se prefiere, posee un valor de verdad indeterminado), pues no contiene indicación respecto del *corpus* en el cual la presunción se halla prevista. La relativización del enunciado a este respecto se impone, pues, a los efectos de una descripción adecuada.

La lectura prescriptiva, por su lado, suscita dudas peculiares. Si bien parece claro que la *regla de presunción* tiene carácter prescriptivo, Ullmann-Margalit formula una acotación desafortunada al advertir que «la fórmula de presunción es de naturaleza proposicional» (p. 147). Si esto es así, la fórmula sólo debe ser considerada una representación de la proposición y no de la norma, pero en ese caso Ullmann-Margalit necesitaría introducir un formalismo adicional para representar la norma, pues es sabido que las proposiciones normativas y las normas tienen propiedades semánticas diversas y responden a reglas lógicas también diversas[8]. Recuérdese, a este respecto, que un autor como von Wright, que trabajó en algún momento con un único simbolismo con doble interpretación (para normas y para proposiciones normativas), terminó admitiendo la necesidad de contar con lógicas separadas para los dos tipos de entidades, tras advertir que aquélla visión inicial resultaba confusa e insatisfactoria[9].

Es posible que, desde otro punto de vista, la cuestión tenga, incluso, mayor importancia. Me refiero a un punto de vista instrumental, y más concretamente a lo siguiente: para justificar una decisión en base a una presunción, no basta con que el juzgador *afirme* que existe la presunción en cuestión; tampoco basta que el juzgador *afirme* que presume en tal o cual sentido; para justificar una decisión el juzgador debe *usar* la presunción de que se trate, incluyendo la proposición presumida en su razonamiento justificatorio.

---

[8] Ver al respecto, entre otros, Alchourrón, C., «Logic of norms and logic of normative propositions», en *Logique et Analyse*, 1969, Núm. 12; Bulygin, E., «Lógica deóntica», en Alchourrón, C. et. al., *Lógica*, Trotta, Madrid, 1995, con extensa bibliografía sobre el tema.

[9] Von Wright, G.H., «Prólogo» a Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. xii.

Esto no excluye, desde luego, la posibilidad de que el juzgador tenga, además del deber de *usar* la proposición presumida, el deber de *individualizar* expresamente la norma presuntiva en la cual basa su decisión. Lo que debe quedar claro, en suma, es que la afirmación de que existe una presunción determinada carece por completo de poder justificatorio, por la sencilla razón de que las proposiciones no tienen tal poder; sólo las normas poseen poder justificatorio. En otras palabras, justificar una decisión en base a una presunción exige el uso de normas presuntivas y no de proposiciones normativas acerca de ellas.

Es por ello que el razonamiento ejemplificador de Ullmann-Margalit no puede ser considerado un razonamiento justificatorio. De acuerdo con él, las premisas son las siguientes: (1) existe la presunción de que el niño nacido durante el matrimonio es hijo legítimo; (2) Adam (un niño concreto) nació durante el matrimonio; la conclusión es, por tanto, (3) existe la presunción de que Adam es hijo legítimo (p. 145). Este razonamiento no contiene, está claro, una norma de presunción y, por consiguiente, no constituye un caso de razonamiento justificatorio en base a una presunción. La cuestión se toma desconcertante si se considera la observación de Ullmann-Margalit, en el sentido de que la conclusión «no *afirma* nada, o no al menos primariamente» (p. 145). Esta tesis suena nuevamente a confusión, si no a error, pues es obvio que (3) afirma categóricamente algo. Esto no sería así, sin embargo, si en lugar de (1) estuviera la premisa normativa (1') es obligatorio presumir que el niño nacido durante el matrimonio es legítimo, pues ella, en conjunción con (2), permitirían inferir la conclusión normativa (3') es obligatorio presumir que Adam es hijo legítimo. A partir de allí, la proposición «Adam es hijo legítimo» podría entrar a operar, por ejemplo, en procesos sucesorios en los que no existieran elementos de prueba suficientes respecto de la legitimidad del sujeto como heredero.

Las normas de presunción. Se afirma adecuadamente, en términos generales, que las presunciones legales constituyen mandatos legislativos en virtud de los cuales se ordena tener por establecido un hecho, siempre que la ocurrencia de otro hecho, indicador del primero, haya sido comprobada suficientemente. Sostendré, sobre la base anterior, que las presunciones legales son, con mayor rigor, normas que imponen el deber de aceptar una proposición, siempre que otra proposición se encuentre debidamente probada. Siendo así, las presunciones legales imponen un deber muy particular, a saber, el deber de aceptar ciertas proposiciones en determinadas circunstancias, especificadas por el sistema. De acuerdo con mi punto de vista, pues, las presunciones legales tienen carácter prescriptivo y, más precisamente, obligatorio, puesto que ellas son dictadas para que algo deba hacerse.

Insisto en que me parece inquietante -para decir lo menos- la versión vacilante de Ullmann-Margalit a este respecto, vacilación que, según creo, se origina en una cuestión conexa relativa al contenido de la norma presuntiva. Recuérdese que Ullmann-Margalit afirma que la fórmula representativa de una presunción «es de naturaleza proposicional», así como que «ella es ostensiblemente acerca de hechos» (p. 147). Esto requiere alguna atención adicional.

Un punto controvertido en la formalización de las normas (por ejemplo, de «Obligatorio p» mediante «Op») ha sido, justamente, el relativo al status lógico-lingüístico de la variable afectada por el operador deóntico de que se trate. Algunos autores la consideran un enunciado descriptivo (proposicional) de acción, mientras que otros la tratan como un nombre de acción (no proposicional). La gran mayoría, siguiendo la tradición iniciada por Prior y Anderson, sin embargo, se ha inclinado por la primera alternativa y consideran a «p» como simbolización de un enunciado indicativo, de una oración descriptiva de una acción determinada. Por otro lado, no pocos lógicos leen «p» como si representara una oración subjuntiva; así, por ejemplo, «p» es representación de «que ocurra...» o, en términos de von Wright, de una *quecláusula*[10]. Sobre esta base, si lo que Ullmann-Margalit pretende señalar es que la norma (y su representación simbólica) aluden a la descripción de una acción (presumir), no tengo inconveniente alguno en aceptarlo. Si lo que Ullmann-Margalit pretende, en cambio, es advertir que la norma (y su representación simbólica) tienen carácter proposicional y no prescriptivo, reitero mis objeciones del apartado anterior. Si lo que Ullmann-Margalit pretende es, por último, hacer notar que, en algún sentido, las normas de presunción versan acerca de proposiciones, tampoco tengo reparos, a condición de no confundir por ello el carácter prescriptivo de esas normas con el contenido proposicional que imponen.

En el caso de las presunciones legales, como en todos los demás casos de prescripciones, el *contenido* es una acción. La acción prescripta en este caso sería, sin embargo, una acción peculiar, pues consiste, según se afirma recurrentemente, en un *estado mental*. Lehrer, por ejemplo, sostiene que «La aceptación es la clase de estado mental que tiene un tipo de papel específico, un papel funcional, en el pensamiento, la inferencia y la acción. Cuando una persona acepta p, ella extraerá ciertas inferencias y realizará ciertas acciones asumiendo la verdad de p»[11]. En el mismo sentido se expide Cohen al decir que «aceptar es un acto mental, un patrón, sistema o política

[10] Mendonca, D., *Introducción al análisis normativo,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid. 1992, p. 77.

[11] Ver al respecto el análisis de Steup, M., *An Introduction to Contemporary Epistemology*, Prentice Hall, New Jersey, 1995, p. 120.

de actividad mental antes que de actividad lingüística»[12]. Vista de este modo, la noción de *aceptación* estaría vinculada a las llamadas «actitudes proposicionales». Calificar a las actitudes de proposicionales se debe a que los filósofos y lógicos que se han ocupado de su análisis han considerado, en general, que la oración subordinada («x [verbo actitudinal] que p») expresa una proposición relativa a un estado psicológico o mental de uno o varios sujetos hacia una proposición. En este estudio, sin embargo, me interesará la aceptación como actitud proposicional desde un punto de vista estrictamente lógico, lo cual quiere decir que me interesará la aceptación como operación de incorporación de proposiciones a razonamientos, es decir, por las relaciones de inferencia que supone. Me interesa deslindar claramente el plano lógico del plano psicológico en el cual se mueven las presunciones, sobre todo en el contexto de su empleo con fines justificatorios. Confundir ambos planos representaría, en mi opinión, un error de peso.

Conviene tener presente, por otro lado, la advertencia de Ullmann-Margalit en el sentido de que las presunciones están asociadas a inferencias, aunque ellas no versan acerca de inferencias. Esto cobra especial relevancia en función de cierta tendencia, bastante extendida, a tergiversar esa relación entre presunciones e inferencias. Así, por ejemplo, Wróblewski sostiene que «la presunción es una regla que obliga a reconocer cierta conclusión en determinadas condiciones» y que «las normas de presunción, como todas las normas, regulan el comportamiento de los destinatarios: las presunciones fuerzan a reconocer la conclusión de la presunción cuando las premisas se encuentran verificadas»[13]. La explicación de Wróblewski es, al menos terminológicamente, bastante confusa, puesto que las presunciones no imponen conclusiones, como él parece pretender, sino premisas. De este modo, las presunciones pueden ser vinculadas a razonamientos, sin contener reglas de inferencias ni establecer conclusiones.

Ahora bien, tales premisas son impuestas bajo el supuesto de la satisfacción de ciertas *condiciones* fijadas por las mismas normas que establecen presunciones. Conviene tener presente que ciertas circunstancias deben darse para que entre a operar la obligación de presumir la proposición que la norma determina. Tales circunstancias se remiten, básicamente, a la prueba de una proposición acerca de un estado de cosas determinado y a la ausencia de prueba respecto de la negación de la proposición presumida. Puede verse en esto, pues, dos condiciones determinantes, una positiva y otra negativa: la positiva sería la existencia de elementos de juicio a favor de una

[12] Cohen, L. J., «Belief and Acceptance», antes citado, p. 368.

[13] Wróblewski, J., «Structure et fonctions des présomptions juridiques», en Perelman, C. y Foriers, P., *Les présomptions et les fictions en Droit*, Bruylant. Bruxelles, 1974, p. 48.

proposición determinada (P, en el esquema de Ullman-Margalit) y la negativa sería la ausencia de elementos de juicio a favor de la negación de la proposición presumida (Q, en el esquema indicado). Volveré en breve sobre este punto.

La fórmula de presunción. Es común encontrarse en la teoría jurídica con la idea de que las presunciones, en general, contienen tres elementos: una *afirmación base*, una *afirmación presumida* y un *enlace* que permite el paso de la afirmación base a la afirmación presumida. En el caso de las *presunciones legales*, el enlace entre la afirmación base y la afirmación presumida está predeterminado o fijado por el legislador, en función de determinados elementos de juicio, a diferencia de lo que sucede con las *presunciones judiciales*, en las que el enlace lo efectúa el juzgador en atención a las llamadas «máximas de experiencia». Este difundido esquema me parece básicamente correcto, por lo que les prestaré mayor atención. Me limitaré, sin embargo, a las presunciones legales.

Presunciones con la estructura indicada pueden encontrarse fácilmente en diferentes sistemas jurídicos. Así, por ejemplo, la presunción de naufragio establecida en el artículo 194.2 del Código Civil español, en virtud de la cual, «Se presume el naufragio si el buque no lleva su destino, o, si careciendo de punto fijo de arribo, no retornase, luego que en cualquiera de los casos hayan transcurrido tres años contados desde las últimas noticias recibidas o, por falta de éstas, desde la fecha de salida de la nave del puerto inicial del viaje». Estructura idéntica presenta la presunción de conmorencia establecida en el artículo 109 del Código Civil argentino, según la cual, «Si dos o más personas hubiesen fallecido en un desastre común o en cualquiera otra circunstancia, de modo que no se pueda saber cuál de ellas falleció primero, se presume que fallecieron todas al mismo tiempo, sin que se pueda alegar transmisión alguna de derecho entre ellas».

Tomemos como forma básica de cualquier presunción la siguiente: «Dado P, se presumirá que W» o «Probado P, es obligatorio presumir Q». Formalmente esto sería como se propone a continuación:

(2) Si está probado (P), entonces es obligatorio presumir (Q)

o, si se prefiere,

(2) Pro(P) Û O Pre(Q)

La fórmula en cuestión refleja claramente la forma condicional de la presunción ejemplificada. En el antecedente del condicional se establece, como condición necesaria de aplicación, la prueba de la proposición que sirve de base, es decir, de P; en el consecuente se establece el carácter normativo de la presunción (obligación). De acuerdo con la norma (2), es obligatorio

que la presunción de Q entre a operar, en el supuesto de que P se halle debidamente acreditada.

Convirtamos el ejemplo propuesto en (2) en otro ejemplo con sustento legal. Tomemos la norma en virtud de la cual el hijo nacido después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio se presume concebido durante él y que, por consiguiente, el hijo nacido en tales circunstancias se presume legítimo. Para simplificar, reconstruiré el ejemplo del siguiente modo: «el hijo nacido después de ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de los padres, se presume hijo legítimo» o, en otros términos «si el hijo nace dentro de los ciento ochenta días de celebrado el matrimonio de los padres, se presumirá (es obligatorio presumir) que el hijo es legítimo». Así, el legislador impone la presunción de legitimidad a condición de que se prueben las proposiciones en que ella se funda: la presunción de legitimidad del hijo funciona siempre que se acredite el matrimonio de los padres y el nacimiento dentro del plazo legal.

Creo que la fórmula contenida en (2) lleva cierta ventaja respecto de la contenida en (1), por las siguientes razones: en (1) no queda expresado el carácter normativo de la presunción, rasgo destacado por Ullmann-Margalit mediante la lectura propuesta para esa fórmula (conviene recordar que, según Ullmann-Margalit, (1) debe leerse como sigue: «dado que es el caso de que p, se *procederá* como si q fuese verdadero...» -destaco la expresión «procederá» con el propósito de señalar el carácter normativo sugerido-); en (1) tampoco queda claro el carácter condicional de la presunción, más allá de los inconvenientes que plantea la representación de las normas condicionales, pues la expresión «(P, Q)» no puede indicar (no al menos en la lógica estándar) una relación condicional de la forma «si.... entonces...», forma que, por otro lado, surge de la lectura propuesta por Ullmann-Margalit para (l); en (1) no es posible aplicar la regla del *modus ponens,* por lo que inferencias como la propuesta por Ullmann-Margalit no pueden ser válidamente efectuadas. Por estas razones, creo que la modificación de (1) se impone. En este sentido, (2) supone un avance en la clarificación de la estructura de una norma presuntiva, aunque requiere aún ajustes adicionales.

Por cierto, la formalización propuesta por Ullmann-Margalit se asemeja en mucho al formalismo de Hansson[14] para la representación de normas, y creo que de él puede sacarse algún provecho adicional. De acuerdo con la reconstrucción de Hansson, las normas condicionales son representadas por el esquema «O(p/q)», que se lee «q es obligatorio en la condición p», a diferencia de las normas incondicionales o categóricas, que son representadas mediante

[14] Hansson, B., 1969, «An Analysis of Some Deontics Logics», *Noûs* 3, recogido en Hilpinen, R., 1971, *Deontic Logic: Introductory and Systematics Readings*. Reidel: Dordretch.

un operador monádico «Oq», introducido como abreviatura del esquema «O(t/q)», donde «t» representa una tautología cualquiera, por lo que el esquema se lee en el caso «q es obligatorio en condiciones tautológicas». Esta reconstrucción permitiría a Ullmann-Margalit dar cuenta de las presunciones legales que no se hallan sujetas a condiciones específicas, como la presunción de inocencia, presunción que no exige la prueba de ningún hecho base como condición para que la presunción entre a operar, pues basta que no exista prueba del hecho imputado. Sobre esta base, la formalización de Ullmann-Margalit podría recoger este tipo de presunciones bajo la forma «Pres(t,Q)», y en virtud de la cual se presumirá Q en condiciones tautológicas. A partir de allí, mi propio esquema podría modificarse hasta dar cuenta de estas presunciones categóricas[15]. Dejaré, sin embargo, pendiente la cuestión.

Lo que no quisiera dejar pasar es una modificación que me parece importante respecto de la representación de las presunciones condicionales. Sucede que, como lo admite la propia Ullmann-Margalit, las normas presuntivas contienen una cláusula de prueba en contrario con las formas «a no ser que» o «hasta que», de modo que la presunción resulta inaplicable cuando el sujeto tiene razones suficientes para creer que no es el caso que q, momento en que la presunción deja de operar (p. 149-50). Esto supone, según lo anticipara, que las presunciones (me limito a las presunciones *iuris tantum*) exigen la prueba de la proposición base y la ausencia de prueba respecto de la negación de la proposición presumida. Por ello, seguro es que la fórmula debería recoger esta variable en su antecedente, con lo cual ella debería asumir una forma como la siguiente:

(3) Si está probado (P) y no está probado (No-Q), entonces es obligatorio presumir (Q)

lo que en términos formales sería como sigue:

(3) [Pro(P) & ÄPro(ÄQ)] Û O Pre(Q)

La condición de ausencia de prueba en contrario -la condición negativa de la que antes hablaba- queda ahora reflejada en (3). Diré de paso que, en caso de existir prueba respecto de la proposición presumida, en uno u otro sentido (a favor de P o de No-P), no cabría presumir, propiamente, sino tener por probado. Muchas veces, sin embargo, una proposición queda probada en un proceso, al tiempo en que ella es presumida por imperio de la ley.

Funciones de las presunciones. De acuerdo con lo expuesto, es fácil ver que las presunciones cumplen un papel instrumental en el derecho. Su función básica es posibilitar la superación de situaciones de *impasse* del

[15] Wróblewski distingue entre presunciones formales y materiales, remitiendo a las que no exigen la prueba de un hecho base al primer tipo, y a las que exigen tal prueba al segundo tipo. Ver Wróblewski, J., op.cit., p. 55.

proceso decisorio, en razón de la ausencia de elementos de juicio a favor o en contra de determinada proposición (proposición que resulta relevante para resolver el caso sometido). De este modo, la incorporación de presunciones por vía legal constituye un mecanismo del cual se vale el derecho, en general, para resolver en un sentido determinado aquellos casos en que existe cierta incertidumbre acerca de si se han producido determinadas circunstancias, correlacionadas con ciertas soluciones por normas del sistema en cuestión. Ullmann-Margalit hace referencia a este dato señalando un rasgo de *parcialidad* en las presunciones, en el sentido de que dan preferencia anticipada a cierta solución, favoreciéndola frente a otras soluciones opuestas (p. 146). Esta parcialidad, por cierto, se justifica de maneras diversas. Ullmann-Margalit ha distinguido tres tipos de consideraciones que pueden servir para justificar la inclusión de una presunción determinada: consideraciones probabilísticas (es más/menos frecuente Q que No-Q, en caso de P), evaluativas (las consecuencias de presumir Q, en caso de P, serían más/menos graves que las consecuencias de presumir No-Q, en caso de P) y procesales (es más/menos fácil producir prueba en favor de Q que de No-Q, en caso de P) (p. 154-62).

Esa función instrumental asignada, sin embargo, no siempre es cumplida por las presunciones. En determinadas circunstancias, incluso, las presunciones generan inconvenientes mayores que los que pretenden resolver. Mostraré a continuación algunos ejemplos de cómo las presunciones pueden producir un efecto extraño e inesperado cuando son incluidas en los sistemas jurídicos sobre consideraciones deficientes.

Tomaré el caso de la presunción de legitimidad de la filiación, tal como ella se hallaba regulada en el *Code Civil* de Napoleón. De acuerdo con la disposición pertinente, se presumían concebidos durante el matrimonio, los hijos nacidos después de ciento ochenta días del casamiento válido de la madre, y los póstumos nacidos dentro de trescientos días contados desde el día en que el matrimonio fue disuelto por muerte del marido. Dada la norma anterior, se plantearon casos en los cuales la presunción entraba a operar imputando soluciones inadmisibles. Esos casos son los que se explican a continuación.

Caso 1. El caso de la mujer que, muerto el marido, tuviese un hijo, y posteriormente un segundo, antes de transcurrir los 300 días desde la disolución del matrimonio. En tal supuesto, es obvio que el segundo hijo, no obstante haber nacido durante el término máximo de duración del embarazo, en relación al día de la disolución del matrimonio por muerte del marido, no pudo ser naturalmente concebido durante él. Este caso puso en crisis, por cierto, el carácter *iuris et de iure* de la presunción sobre la época legal de la concepción y determinó que la doctrina propugnara la tesis según la cual la presunción

debía reputarse *iuris tantum*. La dogmática sostuvo entretanto, llamativamente, que la presunción debía reputarse inaplicable cuando la certeza de los hechos se imponía a cualquier suposición de la ley[16].

Caso 2. El caso de la mujer viuda que contrae segundo matrimonio y da a luz un hijo después de los 180 días de contraído éste, pero dentro de los 300 días posteriores a la disolución del primero por muerte del marido. En tal supuesto, operan con simultaneidad dos presunciones de igual fuerza, por lo que existe atribución de paternidad simultánea a hombres diferentes para un mismo sujeto. La doctrina francesa enfrentó el problema y lo resolvió de manera no uniforme con soluciones muy diversas. Algunos autores consideraron que el hijo debía reputarse concebido en el segundo matrimonio como sanción al marido que, sabiendo que su esposa se hallaba impedida de contraer matrimonio durante el plazo de viudez, de acuerdo con una disposición adicional, no respetó la prohibición (Demolombe). Otros consideraron que ambas presunciones se eliminaban recíprocamente al operar con simultaneidad y que la solución exigía decisión judicial en base a pruebas e indicios de una u otra paternidad (Planiol, Ripert, Capitant). Hubo, finalmente, quienes entendieron que, ante el conflicto, el hijo tenía derecho a escoger el padre (Laurent), criterio éste acogido mayoritariamente por la jurisprudencia francesa. La disputa respecto de esta cuestión no quedó resuelta sino en 1972 mediante la sanción de una ley modificatoria del *Code* en materia de filiación, reformando el texto original del artículo correspondiente[17].

La moraleja de estos casos parece ser la siguiente: el papel de las presunciones no es representar un detalle de información que sea parte de nuestro conocimiento respecto de cómo son las cosas en el mundo, sino que es parte de una maquinaria instrumental en uso mediante cuyas operaciones se adoptan decisiones. De este modo, como las presunciones tienen un carácter instrumental, ellas pueden conducir o no a los propósitos perseguidos. La evaluación de una presunción debe efectuarse, entonces, en base a su papel funcional. Consiguientemente, el valor de una presunción reside en consideraciones sistemáticas respecto del contexto decisorio dentro del cual ella figura.

Bloqueo y destrucción de presunciones. Ullmann-Margalit se refiere a un rasgo particular de las presunciones señalando que decimos de ellas, entre otras cosas, que son «vencibles», «superables», «revisables», «derrotables»

---

[16] Belluscio, A. y Zannoni, E., *Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado*, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. 2, p. 4.

[17] Ibidem, ps. 7-8.

o «desplazables» (p. 149). Este rasgo está asociado, en mi opinión, a una larga y extendida tradición de acuerdo con la cual las presunciones legales pueden ser *iuris et de iure* y *iuris tantum*. Mientras las presunciones *iuris et de iure* no admiten prueba alguna en contrario, las presunciones *iuris tantum* pueden ser atacadas por tales pruebas. Comúnmente el legislador no establece una regla general que determine qué presunciones son de un tipo u otro, sino que en algunos casos específicos prohíbe la prueba en contrario y en otros guarda silencio, por lo que, en tal supuesto, las presunciones son reputadas generalmente *iuris et de iure*. Y cuando la ley admite prueba sólo en determinadas condiciones o determinado tipo específico de prueba, las presunciones son reputadas *iuris tantum* y no *iuris et de iure*.

La idea de prueba contraria para atacar una presunción debe ubicarse en un *continuum* entre dos extremos: las pruebas contrarias que no se encuentran limitadas normativamente de modo alguno, por un lado, y las pruebas contrarias que resultan inadmisibles, por el otro: entre unas y otras se encuentran las pruebas contrarias sobre las que pesan determinadas restricciones procesales. Ésta es la manera habitual de trazar la distinción mencionada entre presunciones *iuris et de iure* y *iuris tantum*, es decir, entre las que no admiten prueba en contrario y las que sí admiten tales pruebas, con o sin limitaciones.

Conviene advertir que, al afirmar que se prohíbe la prueba en contrario, no quiere decirse que no se pueda aportar prueba para destruir el fundamento de la presunción, es decir, la proposición base. Lo que la ley no permite es atacar el enlace de la presunción o probar la inexistencia del hecho presumido, pero nada impide justificar que el hecho que se invoca como antecedente no existe (o no ha existido) o que no es el que específicamente requiere la ley. En otras palabras, el efecto directo de la presunción legal es liberar a la parte a la que beneficia de la carga que entraña la prueba de la proposición presumida, pero no de la proposición base. Y en cuanto la ley admita tal prueba y ella destruya el supuesto de base, la presunción debe dejar de surtir efecto. Me interesa distinguir entonces, en este sentido, dos estrategias diferentes destinadas a «atacar» una presunción, estrategias que funcionan bajo supuestos distintos, aunque producen el mismo efecto. Las denominaré «estrategia de bloqueo» y «estrategia de destrucción».

1) Estrategia de bloqueo. La presunción «Dado P, se presumirá que Q» queda bloqueada en el caso c si, y sólo si, se justifica que no está probado p en c, o se prueba la negación de p en c.

2) Estrategia de destrucción. La presunción «Dado P, se presumirá que Q» queda destruida en el caso c si, y sólo si, se prueba la negación de q en c.

Como puede notarse, la estrategia de bloqueo se dirige a la proposición base de la norma presuntiva (P) y se basa en la discusión del valor probatorio

de las evidencias aportadas a su favor o en la producción de pruebas a favor de su negación, a diferencia de lo que sucede con la estrategia de destrucción, la que se dirige directamente a la proposición presumida (Q) y se basa en la producción de pruebas a favor de su negación. En ambos casos el efecto es el mismo: la presunción no entra a operar en el caso individual. La diferencia principal radica en la carga y dirección de la prueba: quien se beneficia de una presunción sólo debe probar la proposición base, mientras que quien pretende evitar ese beneficio debe producir prueba en sentido contrario, en alguna de dos direcciones: respecto de la proposición base o respecto de la proposición presumida. La estrategia de destrucción, obviamente, sólo puede ser empleada cuando la presunción atacada es una presunción *iuris tantum*.

ENTRE LA TRANSPARENCIA Y LA OPACIDAD. ANÁLISIS DEL PAPEL DE LAS REGLAS EN EL RAZONAMIENTO JUDICIAL

En el entorno académico acostumbra tener vigencia una regla de estilo que desaconseja emplear en los títulos de los trabajos expresiones que puedan provocar perplejidad de sus potenciales lectores. En el título de este artículo hay, sin embargo, al menos dos expresiones -«transparencia» y «opacidad»- cuyo sentido puede no resultar, de entrada, demasiado claro. El sentido en que se habla de «transparencia» y «opacidad» de las reglas en cierta literatura se verá clarificado enseguida, por lo que aquí no introduciré más que una ilustración inicial, valiéndome de la regla de no usar expresiones desconcertantes en los títulos de los trabajos. Si cada vez que titulara uno de ellos reflexionara para decidir si seguir o no esta regla, consideraría a la misma como completamente *transparente*. Por el contrario, si siguiera la regla a pies juntillas y nunca me planteara dejarla de lado, la consideraría como absolutamente *opaca*.

Dejando por el momento a un lado las cuestiones terminológicas del trabajo, conviene precisar antes de nada cuál es objeto del mismo: consiste en realizar una aproximación a la forma en la que las reglas de mandato se integran en el razonamiento práctico de los órganos judiciales. Se trata de analizar el papel o función[1] que dichas reglas cumplen o pretenden cumplir en el razonamiento justificativo de decisiones que llevan a cabo los órganos jurisdiccionales. A este respecto quizá no esté de más advertir de antemano que el punto de vista que adopto no es puramente descriptivo, sino que trato de reconstruir racionalmente las razones que dichos órganos alegan -en cuanto que tales órganos jurisdiccionales- cuando tienen que justificar sus decisiones.

[1] Voy a emplear la expresión «perspectiva funcional» para referirme a una de las perspectivas de análisis de las normas expuestas por Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en *Las piezas del Derecho*. En concreto se trataría de aquella perspectiva que da cuenta de las normas en términos de «razones para la acción» [cfr. ob. cit, Ariel Derecho, Barcelona, 1996, págs. 6 a 7 y 19].

Me voy a ocupar de cuatro modelos sobre las reglas de mandato: *la concepción de las reglas indicativas* de Donald Regan; *la concepción del Derecho como sistema excluyente* de Joseph Raz; *la concepción de las reglas y los principios* de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero; y el *positivismo presuntivo* de Frederick Schauer. No expongo estos modelos como unidades aisladas, carentes de relación entre sí, sino que me sirvo de un hilo conductor para guiar la exposición: Pretendo mostrar que, pese a las notables diferencias en la terminología empleada, todas estas concepciones conciben el papel de las reglas de mandato en el razonamiento práctico de forma semejante. En concreto, utilizando la terminología de Regan -con la que pronto nos familiarizaremos- veremos que, para todos estos autores, las reglas desarrollan su función entre la «completa transparencia» y la «absoluta opacidad».

Más que un orden cronológico, en la exposición de las concepciones he pretendido seguir un orden sistemático. Así, el primer modelo del que me ocupo es el de Regan, pese a que sus dos trabajos sobre *las reglas indicativas* son posteriores a los de Raz y en buena medida -como el propio Regan reconoce- están estimulados por las tesis de éste[2]. A mi juicio, este orden permite partir de una concepción más sencilla, centrada en el punto de vista de las razones para la acción de un agente racional y autónomo, para avanzar posteriormente a concepciones más acabadas -como la de Raz, la de Atienza y Ruiz Manero y la de Schauer- en las que se tienen en cuenta factores de complejidad característicos de los sistemas jurídicos.

1. La concepción de las reglas indicativas de Donald H. Regan

Con su concepción de las reglas indicativas, Regan pretende dar cuenta del papel que juegan las normas de mandato en el razonamiento práctico del aceptante del Derecho. Se trata -empleando sus propias palabras- «de explicar aquello en lo que consiste el *halo [normativo] del Derecho*», recurriendo para ello a la noción de regla indicativa[3].

Regan define las reglas indicativas como «aquellas guías para la acción que se adoptan para afrontar los casos en los que tenemos una información incompleta, para moderar nuestra tendencia a la parcialidad, para economizar los costes empleados en la toma de decisiones, etc.». La idea de Regan, que -como vamos a ver- coincide ampliamente con la de Raz[4], es la de que

---

[2] Cfr. «Law's Halo», *Philosophy and Law*, J. Coleman y E. Frankel Paul eds., Basil Blackwell, Oxford, 1987, págs. 15 a 30 y «Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom*», *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989, págs. 995 a 1.095.

[3] De todo ello me he ocupado con detalle en *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 170 a 201.

[4] Raz no habla tanto de *reglas indicativas* como de *reglas de la experiencia*. Por lo demás, la noción de regla de la experiencia es también empleada por Raz para realizar una primera aproximación a las normas de mandato.

estas reglas operarían como una suerte de mecanismo de minimización de errores en condiciones de incertidumbre o cuando no es posible emplear el tiempo y esfuerzo necesario para desarrollar una deliberación completa. La regla que establece el límite máximo de velocidad en autopista en 120 kilómetros a la hora puede ser vista como un ejemplo de regla indicativa. Así entendida, esta regla evitaría al sujeto normativo tener que calcular, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, cuál es la velocidad máxima a la que puede razonablemente circular.

Las características que Regan atribuye a las reglas indicativas, podrían sintetizarse de la siguiente forma: En primer lugar, las reglas indicativas, aunque «indican» -como su propio nombre sugiere- la posible presencia de una «razón intrínseca», no constituyen por sí mismas razones intrínsecas. En segundo lugar, las reglas indicativas tienen un *carácter provisional*, pues pueden ser abandonadas cuando otra regla alternativa refleja mejor la totalidad de consideraciones que se supone que la regla indica. Y, finalmente -aunque pueda parecer paradójico- las reglas indicativas son *vinculantes* en un sentido significativo: Un agente racional puede estar compelido a actuar sobre la base de reglas indicativas si están basadas en valores que el agente está obligado a respetar (con independencia de sus propios deseos y preferencias) y constituyen la mejor guía disponible para la acción[5].

Regan resume su caracterización de las reglas indicativas señalando que éstas no son ni completamente transparentes ni absolutamente opacas. Un individuo trata una regla como completamente transparente cuando considera que sólo es racional hacer lo que la regla establece cuando se tiene la plena certeza de que ésta conduce a la decisión correcta. Pero, como ya sabemos, estar dispuesto a abandonar o ignorar las reglas indicativas si surgen circunstancias que parecen aconsejarlo no es lo mismo que tratar las reglas indicativas como perfectamente transparentes en todos los casos[6].

Que las reglas indicativas no sean completamente transparentes no significa que éstas sean absolutamente opacas. Un agente considera una regla como absolutamente opaca cuando entiende que ha de hacer siempre lo que la regla establece, sin atender a las razones que la justifican. Aunque Regan considera que las reglas indicativas pueden ser opacas en un grado significativo, estima también que nunca pueden serlo perfectamente, ya que en principio son siempre susceptibles de revisión[7].

---

[5] D. H. Regan, «Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom*», ob cit., págs. 1005 a 1010.

[6] D. H. Regan, «Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom*», ob cit., pág. 1011.

[7] D. H. Regan, «Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom*», ob cit., pág. 1012.

2. El Derecho como sistema excluyente: la concepción de Joseph Raz

a) Las normas de mandato como razones excluyentes

Por su parte, la caracterización que Raz realiza de las normas de mandato es bastante semejante a la de las reglas indicativas de Regan. Según Raz, seguir una norma de mandato significa que actuamos sobre la base de la creencia de que la norma es una razón válida para que, cuando se den las condiciones de aplicación, hagamos el acto normativo y de que simultáneamente es también una razón válida para no actuar sobre la base de las razones aplicables al caso[8]. Volviendo al ejemplo de la regla que limita la velocidad en autopista, la norma no se toma sólo como una razón para no exceder los 120 kilómetros por hora -esto es, como una razón de primer orden-, sino también como una razón de segundo orden que resuelve conflictos prácticos excluyendo razones sobre cuál es la velocidad máxima a la que se puede razonablemente circular. Raz denomina *razón protegida* a esta combinación sistemática de una razón de primer orden para realizar el acto exigido y una razón excluyente para no actuar por ciertas consideraciones[9].

Ahora bien, Raz advierte también que la presencia de una norma de mandato no resuelve automáticamente los problemas prácticos. Puede haber otras razones en conflicto no excluidas por la norma. De forma específica Raz se refiere a las consideraciones relativas al alcance de las reglas y a las excepciones a las mismas[10], de las que me ocuparé más adelante. Pero estos factores de complicación se presentarían sólo en una minoría de supuestos. Para nuestro autor, en una mayoría de casos la presencia de una norma resulta decisiva. La finalidad de tener normas residiría precisamente en lograr la simplificación. Por lo general, dado que la norma opera como una razón excluyente, no ha de competir con la mayoría de las demás razones que es probable que sean aplicables a situaciones gobernadas por la norma, pues ésta las excluye. De este modo, Raz sostiene que las normas tienen una relativa independencia respecto de las razones que las justifican. En la mayoría de casos no necesitamos saber cuáles son las razones que justifican una norma para poder aplicarla correctamente.

Para concluir con el análisis de las normas de mandato como razones excluyentes cabe que establezcamos una comparación con la concepción de Regan que ya hemos examinado. Si recordamos la tesis de Regan en tomo a las

---

[8] Cfr. *Razón practica y normas* (trad. de Juan Ruiz Manero), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 82.

[9] Cfr. J. Raz, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. de R. Tamayo Salmorán), UNAM, México, 1982, pág. 33.

[10] Cfr. *Razón práctica y normas*, ob. cit., págs. 89, 91 y 232.

reglas indicativas, podemos establecer una clara analogía con la concepción de Raz. De un lado -nos decía Regan- las reglas indicativas no son completamente transparentes, lo que concuerda perfectamente con la idea de Raz de que las razones excluyentes impiden actuar en todos los supuestos sobre la base del cálculo de razones de primer orden aplicables al caso. Es decir, guiarse por una norma de mandato es incompatible con volver a abrir ante cada caso la deliberación a todas las razones de primer orden concurrentes. Las ventajas de guiarse por normas de mandato se diluirían, al igual que sucede con las reglas indicativas, si se consideran como transparentes a las razones que las sustentan. De otro lado, Regan señalaba que las reglas indicativas tampoco son completamente opacas, lo que supone que no siempre el sujeto ha de hacer lo que la regla establece. Así, como acabamos de ver, Raz mantiene que las normas de mandato no siempre resuelven automáticamente los problemas prácticos y que, en una minoría de supuestos, se hace imprescindible recurrir a las razones que justifican las normas. Sobre esta cuestión volveré más adelante.

Hasta aquí hemos visto la manera en la que un agente racional y aislado que aceptara el Derecho integraría las normas de mandato en su razonamiento práctico; pero nada hemos dicho de la forma en la que estas normas se integran en las deliberaciones prácticas de los órganos jurisdiccionales. Ello exige que reparemos en la tesis de Raz sobre la naturaleza del Derecho como sistema normativo institucional izado[11].

b) La naturaleza del Derecho como «sistema normativo institucionalizado»

Raz señala que es un rasgo del Derecho, en tanto que sistema normativo institucionalizado, contar con *órganos primarios* (principalmente los tribunales y los jueces) que deben evaluar las disputas sobre la base de las reglas del sistema bajo el que operan, excluyendo todas aquellas razones que tengan carácter extrajurídico. Han de seguir un cierto cuerpo de normas con independencia de sus opiniones sobre su contenido, lo que no es incompatible con que les esté permitido actuar sobre la base de sus propias opiniones cuando el propio Derecho les habilita para ello. Pero, mientras que no se produzca tal habilitación, los tribunales están vinculados a considerar la actuación de los individuos de acuerdo con los estándares jurídicos, con exclusión de todas las demás razones. En suma, los órganos primarios deben considerar al sistema jurídico como un sistema excluyente. Sus normas excluyen la aplicación de razones, estándares y normas que no pertenezcan al sistema o no sean reconocidas por él. El *punto de vista jurídico* es un punto de vista excluyente.

[11] Dicha concepción está desarrollada básicamente en *Razón practica y normas*, ob. cit., págs. 154 a 167 y *La autoridad del Derecho*, ob cit., págs. 140 a 146.

Antes de concluir con el examen de la concepción del Derecho de Raz conviene que reparemos en cierta ambigüedad de su tesis sobre los sistemas jurídicos como sistemas excluyentes. Esta tesis aparece reflejada en su obra al menos con dos sentidos diferentes, aunque profundamente relacionados entre sí. En ocasiones el carácter excluyente del Derecho parece aludir a que éste impone a los jueces y tribunales la obligación de juzgar los casos desde las razones suministradas por el propio Derecho, excluyendo aquellas pautas que tengan un carácter extrajurídico. En cambio, otras veces, este carácter excluyente del Derecho se predica en relación a un tipo concreto de enunciado normativo: las normas de mandato.

El análisis de las normas de Atienza y Ruiz Manero al que voy a referirme a continuación se centra básicamente en el segundo sentido de los sistemas jurídicos como sistemas excluyentes. Como vamos a ver, dicho análisis parte de la usual distinción, dentro las normas de mandato, entre reglas y principios. Ahora bien, es precisamente la noción de razón excluyente la que sirve para caracterizar a las reglas por oposición a los principios. No resulta, por lo tanto, en absoluto pacífica la tesis de Raz de que todas las normas de mandato pretenden configurar razones excluyentes para sus destinatarios.

3. Las reglas como razones excluyentes: la concepción de Atienza y Ruiz Manero

Para explicar la diferencia que para Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero existiría, desde un punto de vista funcional, entre reglas y principios, debo antes aludir brevemente al análisis estructural que estos autores realizan de ambos tipos de enunciados jurídicos. A juicio de estos autores, mientras que los principios configuran los casos de forma abierta, las reglas lo hacen de forma cerrada. En las reglas, las propiedades que conforman el caso constituyen un conjunto finito y cerrado, en cambio, en los principios, no puede formularse una lista cerrada de las mismas, puesto que tales condiciones no están siquiera genéricamente determinadas[12].

Son precisamente estas diferencias estructurales entre reglas y principios las que llevan a trazar en el plano funcional -en el sentido de «análisis en términos de razones para la acción»- también una clara distinción entre ambos tipos de enunciados. El análisis de estos autores considera básicamente los principios y las reglas en cuanto pautas dirigidas a lo que Raz llama órganos primarios. Adoptando la conocida terminología del último Hart, estos autores consideran las reglas jurídicas como *razones perentorias* para

[12] Cfr. Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, ob. cit., págs. 8 a 9.

la acción[13]. La noción de *razón perentoria* viene a coincidir con la de *razón protegida* de Raz, a la que acabo de referirme. Esto es, la combinación de una razón de primer orden para realizar la acción exigida -en el contexto que nos ocupa, para dictar una resolución cuyo contenido corresponda con el de la regla-, y de una razón excluyente para prescindir del resultado al que llevaría una deliberación independiente por parte de su destinatario sobre los argumentos en pro y en contra de realizar la acción. Lo que, en este mismo contexto, significa una razón para excluir que el contenido de la resolución se fundamente en la apreciación por parte del órgano jurisdiccional de cuál fuera, atendiendo a los méritos del caso, la mejor resolución a dictar. En suma, para estos autores las reglas estarían destinadas a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos primarios excluyan, en cuanto base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla[14].

Por su parte, los principios no constituirían para Atienza y Ruiz Manero razones perentorias o protegidas, ya que no están destinados a excluir la deliberación por parte del órgano jurisdiccional acerca del contenido de la resolución a dictar, sino que constituyen meramente razones de primer orden para resolver el caso de que se trate en un determinado sentido. Como razones de primer orden su fuerza respecto de otras razones para resolver el caso en otro sentido -por ejemplo, otros principios- ha de ser ponderada por el propio órgano jurisdiccional[15].

Del panorama que acabo de trazar no cabe inferir que Atienza y Ruiz Manero postulen que el Derecho guía la conducta de los órganos jurisdiccionales primaria y centralmente mediante reglas de mandato, esto es, mediante razones perentorias y que sólo requiere la deliberación de los órganos jurisdiccionales basada en principios de forma absolutamente excepcional, cuando jueces y tribunales tienen que hacer frente a los *casos difíciles*. Por el contrario, estos autores se han ocupado de resaltar el hecho de que el Derecho requiere *siempre* una *previa deliberación normativamente guiada*. Sólo mediante una deliberación previa, en la que se tienen en cuenta principios, se puede considerar que un caso es subsumible en una determinada regla a adoptar como razón perentoria para la resolución del mismo

---

[13] Cfr. «Commands and Authoritative Legal Reasons», ob. cit., págs. 106 y 107.

En realidad esta caracterización no es completa: Las reglas de acción serían razones perentorias e independientes del contenido. El carácter independiente del contenido se refiere al por qué los órganos jurisdiccionales deben obedecer las reglas. Y en este sentido parece que los órganos jurisdiccionales deben considerarlas así por razón de su fuente, es decir, de la autoridad normativa que las ha dictado [Cfr. *Las piezas del Derecho...* ob. cit., pág. 12].

[14] Cfr. ob. cit., pág. 12.

[15] Cfr. ob. cit., pág. 13 y 21.

-o, dicho en otros términos, que es un caso fácil-. Esto hace que la dimensión de obediencia a las razones perentorias ya no pueda aparecer como primaria. De cualquier forma, Atienza y Ruiz Manero enfatizan el hecho de que el Derecho no reconoce a cualquier razón válida como integrante legítimo de la deliberación judicial: salvo que el Derecho faculte en algún caso al órgano jurisdiccional para atender a razones distintas de las que él mismo contiene, ha de tratarse de razones contenidas en el propio Derecho[16].

La puntualización de Atienza y Ruiz Manero en el sentido de que la noción de obediencia a las reglas -en tanto que razones perentorias- no puede ser primaria les ha venido planteando más de una dificultad. En síntesis, creo que las críticas que estos autores han venido recibiendo[17] pueden resumirse de la siguiente manera: La idea de que las reglas de mandato sean razones perentorias se compadece mal con la existencia de una deliberación previa sobre si adoptarlas o no. Si las reglas son razones perentorias se supone que excluyen toda deliberación sobre la procedencia o no de seguirlas.

Al término de este trabajo voy a intentar mostrar en qué condiciones no resulta incompatible una deliberación previa sobre la procedencia o no de adoptar una regla con la defensa de su carácter de razón perentoria (o protegida) para la acción. Pero antes es necesario que dedique unos minutos al intento de Schauer de explicar el papel de las reglas de mandato en el razonamiento práctico de los órganos primarios.

4. El positivismo presuntivo de Frederick Schauer

Antes de comenzar el estudio de la concepción de Schauer[18] conviene advertir que este autor no diferencia en su análisis entre reglas y principios. No obstante, me parece que, si partimos de una tesis sobre la distinción entre reglas y principios como la que sostienen Atienza y Ruiz Manero, resulta indudable que tanto el análisis estructural como el funcional[19] de las reglas

---

[16] Cfr. ob. cit., pág. 23.

[17] Sobre este particular cfr., entre otros, los trabajos de: Luis Prieto Sanchis, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992 y «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 13; Aleksander Peczenik, «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12; J. C. Bayón, «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, y de José Juan Moreso, «El encaje de las piezas del Derecho», *Analisi e Diritto*, Torino, 1997 (en prensa).

[18] Voy a tomar como referencia la concepción de las reglas expuesta por Schauer en *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Oxford Clarendon Press, 1991.

[19] Aunque voy a construir la exposición diferenciando -como acabo de hacer en la sección anterior- entre aspectos estructurales y funcionales de las reglas de mandato, debo advertir que esta distinción no es expresamente utilizada por Schauer. Ello no obstante. como veremos, los ejes fundamentales de su exposición encuentran acomodo en ella sin mayor dificultad.

desarrollado por Schauer sería aplicable sólo precisamente a las reglas. Esto es, la concepción de Schauer no sería una concepción general de las normas de mandato, sino sólo de aquella subclase de las mismas a las que llamamos reglas.

a) La dimensión estructural de las reglas

En su análisis estructural de las reglas, Schauer diferencia entre las generalizaciones contenidas en los supuestos de hecho de las reglas y la justificación que subyace a tales reglas. Así, echando mano a un recurrente ejemplo de Schauer, la generalización contenida en la regla que prohíbe la entrada de perros a restaurantes podría ser «ningún perro, en ningún restaurante», mientras que su justificación subyacente podría ser la de evitar molestias a los clientes de restaurantes.

Según Schauer, bajo toda generalización contenida en una prescripción hay una justificación. Mediante la generalización se especifica y simplifica el resultado que normalmente podría obtenerse de la aplicación directa de las justificaciones. Determinar ante cada caso concreto si un determinado agente causas molestias a los clientes de un restaurante es mucho más complejo que determinar si mi ejemplar de foxterrier es o no un perro. En este sentido, Schauer se refiere a las generalizaciones que constituyen reglas como la *ejemplificación [instantation]* de la justificación subyacente a la regla[20].

Schauer llama *experiencias recalcitrantes* a todos aquellos supuestos situados en la zona de divergencia extensional entre la ejemplificación y la justificación. Las experiencias recalcitrantes se pueden producir por dos tipos de causa: Por un lado, porque la generalización contenida en el predicado factual de una regla sea *supraincluyente*, esto es, que comprenda estados de cosas que puedan, en casos particulares, no producir la consecuencia representada en la justificación de la regla -la *perrunidad* no hace de mi educado ejemplar de foxterrier un perro molesto. Por otro lado, las experiencias recalcitrantes pueden producirse porque el predicado factual sea *infraincluyente*, es decir, que no comprenda ciertos estados de cosas que pueden contribuir, en casos particulares, a la consecuencia representada en la justificación subyacente a la regla -un niño llorón puede resultar sumamente molesto a los clientes de un restaurante[21].

Schauer advierte que la posibilidad de una divergencia extensional entre la ejemplificación y la justificación presupone que el significado de la ejemplificación no es coextensivo con su justificación subyacente. Las reglas gozarían de autonomía semántica con respecto a su justificación puesto que el

[20] Cfr. ob. cit.. págs. 23 y sig.

[21] Ob. cit., págs. 31 a 34 y 39.

significado de las ejemplificaciones que las componen no se explica completamente por referencia a los propósitos por los que se dictaron las reglas[22].

b) De la dimensión estructural de las reglas a la funcional. Tipos de sistemas de toma de decisión basados en generalizaciones prescriptivas

Estas características estructurales de las reglas llevan a Schauer a diferenciar, en el plano funcional, cuatro posibles modelos de decisión a partir de reglas: el modelo particularista; el modelo basado en reglas; el particularismo sensible a las reglas; y el positivismo presuntivo. Veamos someramente los rasgos más sobresalientes de cada uno de ellos.

b. 1 El modelo particularista

Para el modelo particularista de toma de decisiones las ejemplificaciones contenidas en las reglas constituyen una guía derrotable para la aplicación de sus justificaciones subyacentes[23] y, por lo tanto, no ejercen una presión normativa en aquellos casos en los que los resultados a los que éstas apuntan divergen de los resultados apuntados por la aplicación directa de tales justificaciones subyacentes. Mi educado ejemplar de foxterrier tendría, según éste modelo, expedito el paso incluso a los restaurantes más selectos, ya que la «regla» que prohíbe la entrada a perros en los restaurantes es sólo orientativa de que dichos animales pueden ser un elemento molesto para los clientes de restaurantes.

b.2 El modelo basado en reglas

En cambio, el otro sistema de decisiones, el basado en reglas, *atrinchera* las ejemplificaciones contenidas en las reglas. Estas ejemplificaciones ejercen presión normativa *como tales* ejemplificaciones, aún en los casos en los que la aplicación de la ejemplificación frustra la justificación que descansa bajo la misma[24]. Incluso en el restaurante de la «Asociación de Amigos

---

[22] Ob. cit., págs. 53 a 55.

Por supuesto, esta visión de las reglas se apoya en una visión más amplia del lenguaje, según la cual éste gozaría de autonomía semántica. Como señala Schauer, los símbolos -palabras, frases, oraciones, etc.- tienen la capacidad de transmitir un significado independiente de las intenciones comunicativas con las que los emplea en una ocasión particular el usuario de dichos símbolos. Sobre las críticas y réplicas a esta concepción cfr. ob. cit. págs. 55 a 62.

[23] Cfr. ob cit., pág. 51.

[24] Conviene advertir que la autonomía semántica de las reglas no es condición suficiente para que el aplicador adopte el modelo basado en reglas. La autonomía semántica es, eso sí, un rasgo necesario para la existencia de un modelo basado en reglas, pero sólo la ausencia de una continua maleabilidad de las reglas es lo que determina la existencia o no del mismo.

Sobre este particular cfr. el libro de RS. Atiyah y R. S Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1987, págs. 70 y 78 a 79 y el artículo de J.C. Bayón, «Sobre la

de los Canes» estaría vedado, según este modelo, el acceso a los perros, y de nada serviría argumentar que mantener la prohibición produce más molestias que ventajas a los miembros de la asociación.

El paralelismo entre los dos sistemas de decisión que acabamos de examinar y los criticados por Regan y Raz se revela con singular claridad. El sistema particularista de toma de decisiones implica considerar las reglas como absolutamente transparentes o, lo que es lo mismo, actuar sobre la base del balance de razones de primer orden. En cambio, el sistema basado en reglas supone tratar a las reglas como completamente opacas, lo que equivale a considerar que las reglas resuelven siempre automáticamente todos los problemas prácticos.

En todo caso, es dudoso que ningún sistema jurídico pueda operar consistentemente sólo desde uno de estos dos modelos polares. Como señalan Atiyah y Summers, la posición autoritativa extrema lleva inevitablemente a una aplicación mecánica de las reglas y a la inconsistencia y anomalía del sistema. Pero el sustantivismo extremo tiene también sus problemas. Ningún juez está en disposición de rediseñar todo el universo de razones aplicables a un caso abriendo la decisión a toda la Teoría política y filosófica. El imperio de la ley requiere que existan límites a las razones sustantivas, límites que toman la forma de reglas explícitas y no de meras razones sustantivas que tenderían a ser vagas y menos precisas[25].

Parece por lo tanto oportuno que dediquemos nuestra atención al estudio de los otros dos modelos de toma de decisión de los que se ocupa Schauer. Estos modelos combinan en diferente medida rasgos de los dos modelos que acabamos de explorar. Se trata del *particularismo sensible a las reglas* y del *positivismo presuntivo*.

b.3 Modelo particularista «sensible» a las reglas

De acuerdo con el particularismo «sensible» a las reglas, éstas son transparentes respecto de su justificación subyacente, tal y como sucede en el modelo particularista, pero, a diferencia de éste, la propia existencia de la regla, en cuanto tal, también se considera una razón a tener en cuenta cuando los resultados indicados por la regla divergen de los indicados por la aplicación directa de su justificación subyacente. Por lo tanto, este modelo tiene en cuenta, por un lado, la *justificación sustantiva* establecida por las metas o justificaciones subyacentes a las reglas y, por otro lado, la *justificación*

racionalidad de dictar y seguir reglas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, pág. 155.

[25] *Form and Substance in Anglo-American Law...* ob. Cit., págs. 70 a 71.

generada por las propias reglas o, lo que es lo mismo, las ventajas de tener los casos resueltos mediante reglas[25].

Consecuentemente, quien toma decisiones sobre la base de todo este conjunto de justificaciones -las sustantivas y las generadas por las propias reglas- puede, en algunos casos, llegar a la conclusión de que debe aplicar las reglas incluso aunque éstas apunten a un resultado diferente al señalado por las justificaciones sustantivas tomadas aisladamente. Por supuesto esta conclusión no puede producirse en todos los supuestos, pues en tal caso el conjunto de soluciones al que llevaría aplicar el modelo particularista sensible a las reglas vendría a coincidir con el conjunto de soluciones que arrojaría el modelo basado en reglas, es decir, estaríamos ante dos modelos extensionalmente idénticos. En ocasiones, por lo tanto, quien toma decisiones determinará que las justificaciones sustantivas derrotan las justificaciones generadas por la propia regla, cuando las dos señalen direcciones opuestas[26].

b.4 Modelo del positivismo presuntivo

En todo caso, no es el particularismo sensible a las reglas el modelo propugnado por Schauer. Schauer señala que el modelo del positivismo presuntivo es el más adecuado para dar cuenta de los sistemas jurídicos contemporáneos. El positivismo presuntivo es una variedad del modelo basado en reglas que sitúa las ventajas de tener reglas en el momento de su creación y no está abierto a reevaluaciones constantes en el momento de la aplicación de las reglas. Si en lugar de considerar las reglas como instrumentos para lograr la certeza o predecibilidad -como sucedía en el modelo anterior- consideramos las reglas como *mecanismos para la distribución del poder*, entonces resulta bastante dudoso que sea necesariamente deseable conceder poder al aplicador de normas para determinar si hay que seguir o no las reglas sobre la base del balance de razones aplicables al caso. La idea de Schauer es que este modelo tiene su cabida en sociedades relativamente complejas en las que las reglas tienen un papel importante que jugar de cara a la distribución de competencias. En este tipo de sociedades, el procedimiento de toma de decisiones basado en reglas contribuye a fijar los límites de las competencias de una forma en que no es capaz ningún otro procedimiento de toma de decisiones[27].

---

[25] Comúnmente se considera que las reglas sirven a valores como la certeza, seguridad o predecibilidad. Schauer señala que las reglas suelen contribuir a tales valores gracias a sus propiedades simplificadoras y a que establecen una *designación categorial pública* que hace que disminuya la probabilidad de categorizaciones divergentes por parte del destinatario y del aplicador, cuando ambos contemplan la misma regla. Por ejemplo, la justificación para tener una regla que establezca un límite máximo de velocidad en carretera puede ser evitar la incertidumbre de aquéllos a los se va a aplicar la regla [Ob. cit., págs. 94 a 97 y 139].

[26] Ob. cit., págs. 94 a 95 y 97.

[27] Ob. cit., págs. 97 a 98.

Hasta aquí este cuarto modelo podría ser compatible con el modelo basado en reglas. Ahora bien, Schauer apunta a la diferencia extensional entre el modelo basado en reglas y el positivismo presuntivo cuando señala que para el positivismo presuntivo las reglas no precisan ser razones absolutas. Guiarse por una regla no supone necesariamente actuar, consideradas todas las cosas, de acuerdo con la regla. Es posible apartarse puntualmente de lo establecido por las reglas cuando, de no hacerlo así, se produciría un *error de una magnitud particularmente grave*. En todo caso, más que hablar de una continua revisabilidad de las reglas, para Schauer habría que hablar de un *poder para crear excepciones*.

Lamentablemente Schauer no es nada explícito con respecto a qué debe entenderse por un *error de una magnitud particularmente grave*. Como veremos, esta falta de concreción constituye uno de los puntos más débiles de su concepción. La clave para comprender la diferencia extensional entre el particularismo sensible a las reglas y el positivismo presuntivo pasa precisamente por precisar qué es y cuándo se produce un *error de una magnitud particularmente grave*[28]. Más adelante volveré sobre esta cuestión.

c) Las diferencias con el modelo raziano

El positivismo presuntivo diferiría, segun Schauer, de la concepción del Derecho como sistema excluyente de Raz. Sintéticamente, podríamos resumir dicha discrepancia de la siguiente forma: Schauer sitúa al juez raziano que quiere evitar *experiencias recalcitrantes* en la tesitura de tener que recurrir al balance de razones de primer orden para determinar si un supuesto queda fuera del alcance de una regla. Para ilustrar esta idea reformularé el clásico ejemplo que sirvió para iluminar la polémica Hart-Fuller sobre el papel de la intención en la interpretación[29]. Imaginemos un parque público a cuya entrada hay una señal gráfica que prohíbe la entrada de vehículos. Imaginemos también que, como conmemoración de una batalla, un grupo de veteranos de guerra pretende empujar dentro del parque un viejo todoterreno

[28] Creo que esta falta de precisión de Schauer está en el origen de la observación de J. C. Bayón en el sentido de que no se percibe una diferencia extensional clara entre el positivismo presuntivo y el particularismo sensible a las reglas [«Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas», ob. cit., pág. 154]. Si de antemano no somos capaces de establecer en qué supuestos se puede hablar de un error grave, y tenemos que estar a expensas de lo que en cada caso concreto resulte del balance de razones aplicables, ciertamente el positivismo presuntivo sería tan sensible al contexto como el particularismo sensible a las reglas. Más adelante sugeriré alguna vía mediante la que Schauer podría dotar de más precisión a su concepción y salir al paso de la crítica que le dirige Bayón.

[29] Cfr. H. L. A. Hart, «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, págs. 593 a 628 y Lon Fuller «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», ob. cit., págs. 630 a 663.

para exponerlo[30]. Pues bien, según Schauer, el juez raziano no tiene más alternativa que aplicar la regla que prohíbe la entrada de vehículos, o bien declarar que, a la luz de todas las razones de primer orden relevantes para el caso, éste está fuera del alcance de la regla. Schauer considera esta última alternativa poco seductora, ya que implica que son las razones de primer orden las que controlan el caso y que, por lo tanto, no son excluidas.

En cambio, Schauer señala que en su concepción es posible conciliar estos aspectos, partiendo de la diferencia que existe entre realizar un *examen cuidadoso* de las razones de primer orden y el mero *vistazo superficial* de las mismas. No sería incompatible con la idea de razón excluyente que un sujeto examinara, *tan rápido como fuera posible*, las razones de primer orden excluidas para ver si está en presencia de un caso en el que la exclusión de determinados factores debe rechazarse. Este procedimiento de toma de decisiones sería diferente de aquel en el que se espera del agente que examine con idéntico cuidado todas las razones de primer orden[31].

Nuevamente aparecen aquí expresiones -*un vistazo meramente superficial, tan rápido como sea posible*- que resultan de contornos particularmente borrosos. En breve me ocuparé de los problemas que suscita el empleo por Schauer de una terminología tan imprecisa para apuntalar distinciones claves en su concepción.

5. Algunas reflexiones personales

Hasta aquí hemos examinado cuatro concepciones diferentes -aunque indudablemente relacionadas entre sí- sobre el papel de las reglas de mandato en el razonamiento práctico: La concepción de las reglas indicativas de Donald Regan; la concepción del Derecho como sistema excluyente de Joseph Raz; la concepción de las reglas y los principios de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero; y el positivismo presuntivo de Frederick Schauer. Empleando la terminología de Regan, he pretendido mostrar que todas estas concepciones sitúan el papel de las reglas de mandato en el razonamiento práctico en un espacio intermedio entre la absoluta transparencia y la completa opacidad. No obstante, de lo que acabamos de ver podría desprenderse que, en ese espacio intermedio, Raz y Schauer han desarrollado dos modelos -el de las razones excluyentes y el del positivismo presuntivo- muy alejados entre sí.

---

[30] En rigor, para que el ejemplo funcione, es también menester considerar que el viejo todoterreno constituye, sin ningún genero de dudas, un supuesto de la clase «vehículo». De no ser así el ejemplo no serviría para ilustrar un caso típico de experiencia recalcitrante, sino más bien un problema de interpretación del término «vehículo».

[31] *Playing by the Rules*, ob. cit., págs. 89 a 91.

Voy a empezar lo que resta de exposición centrándome en las supuestas diferencias entre el modelo perfilado por Schauer y el modelo de Raz. Pretendo demostrar que el aparente desacuerdo en el que estarían ambas con*cepciones puede* no ser más que eso -un *aparente* desacuerdo-. Mi intención no es hacer *filología* raziana, mostrando que la interpretación que Schauer hace de la tesis de Raz es más o menos injusta, sino tratar de poner de manifiesto que en el aparato conceptual desplegado por Raz hay elementos suficientes para dar cuenta de los déficits que le atribuye Schauer. Es más, a partir de estos elementos pretendo completar los aspectos que me parecen menos satisfactorios de la concepción de Schauer y realizar algunas reflexiones generales que nos permitan ahondar algo más en el papel de las reglas de mandato en el razonamiento práctico de los aplicadores del Derecho.

a) De nuevo sobre la dimensión funcional de las reglas, la noción de alcance *y la de* excepción

Para empezar es menester que recordemos alguna cosa sobre la concepción de las reglas de Raz y sobre las nociones de *alcance* y de *excepción*. Como ya sabemos, Raz considera que «las reglas son expresiones de compromisos [*compromises*], o juicios acerca del resultado de conflictos entre razones de primer orden»[32]. Volviendo al ejemplo del parque, supongamos que lo que ha llevado al establecimiento de la señal de prohibición ha sido la intención de que prevalezca la seguridad de los peatones que lo transitan (razón 1), frente a la notable agilización del tráfico que se produciría si se permitiera atravesar el parque para ir de un extremo a otro de la ciudad (razón 2). Aunque para la mayoría de casos la presencia de reglas es decisiva -una señal que prohíbe la entrada de vehículos a un parque no suele suscitar muchas dudas en cuanto a su aplicación-, como hemos visto, Raz advierte que hay factores de complicación que se presentan en una minoría de supuestos. Por lo tanto, las reglas no siempre resuelven automáticamente los problemas prácticos. Puede haber otras razones en conflicto no excluidas

[32] J. Raz, *Razón práctica y normas*, ob. cit., pág. 232.

Naturalmente, esto no significa que siempre sea fácil, o incluso posible, determinar cuál es el compromiso entre razones que refleja una regla. Para resolver cuestiones de este tipo podemos en ocasiones recurrir a la intención original del legislador, pero no siempre esto es posible o conveniente. A grandes rasgos, cabe decir que la solución a esta cuestión depende de la visión que del Derecho tengan sus aplicadores. Es posible que tengan una visión fuertemente voluntarista, en cuyo caso tiendan a privilegiar el recurso a la intención original del legislador. Pero también cabe que conciban el Derecho como una práctica social compleja, tendente a la resolución de problemas de interacción social. En este caso, los aplicadores tenderán a priorizar los fines socialmente compartidos.

por las reglas. Por ejemplo, Raz señala que puede haber consideraciones que afecten al alcance de las reglas, o excepciones a las mismas[33].

Un caso está fuera del alcance de una regla si las principales razones que respaldan la regla no son aplicables a tal caso. En cambio, un caso cae bajo una excepción a la regla cuando le es aplicable algunas de las principales razones en pro de la regla, pero el *compromiso (o juicio de prevalencia) expresado en la regla* determina que prevalezcan otras consideraciones en conflicto[34]. Aunque la distinción entre la noción de alcance y la de excepción a las reglas puede parecer en ocasiones un tanto borrosa, voy a mantenerla aquí con el fin de no alejarme excesivamente del instrumental analítico de Raz. Si volvemos nuevamente al ejemplo del parque, el supuesto del todoterreno de los veteranos de guerra podría considerarse como un caso fuera del alcance de la regla, ya que el todoterreno no pondría en riesgo la seguridad vial de nadie, ni su introducción en el parque -como es obvio afecta en nada a la fluidez del tráfico en la ciudad. En cambio, si fuera necesario que una ambulancia atravesara el parque para conducir a un accidentado a un hospital, podríamos entender que estamos en presencia de una excepción a la regla, ya que ciertamente la ambulancia puede poner en peligro la seguridad vial, lo que sucede es que el valor de la vida humana prevalece sobre las razones contempladas en el compromiso (o juicio de prevalencia) expresado en la regla[35]. Dicho de otro modo, lo que la regla contempla es simplemente que la seguridad vial (razón 1) prevalece frente a la agilización del tráfico (razón 2), pero no frente a la necesidad de salvar una vida humana (razón 3)[36].

Una vez que hemos recordado cuál es la concepción de las reglas de Raz, y la noción de alcance y excepción, se entenderá por qué afirmo que un aplicador del Derecho raziano puede resolver ciertas cuestiones relativas al alcance y a las excepciones a las reglas sin reabrir el balance de razones subyacentes. El aplicador del Derecho que autoriza a los veteranos a instalar el todoterreno, o a la ambulancia a pasar por el parque, no tiene por qué volver a realizar un balance con todas las razones de primer orden aplicables al caso. Puede considerar que el compromiso que refleja la regla que prohíbe la entrada de vehículos -la seguridad vial debe prevalecer frente a la agilización del tráfico- es plenamente válido[37], no obstante lo cual, los

[33] Ob. cit., págs. 89 y 91.

[34] Ob. cit., pág. 232.

[35] Por supuesto, del mero compromiso expresado en la regla no se infiere la prevalencia de la vida humana, para llegar a esta conclusión habría que tener en cuenta otras premisas adicionales extraídas del Derecho. Más adelante me ocuparé de esta cuestión.

[36] En este caso diríamos que se aplica una razón incompatible con la regla, pero no excluida por ella. Cfr. ob. cit., pág. 87.

[37] Con independencia de que él esté de acuerdo o no con dicho compromiso.

dos supuestos -el todoterreno y las urgencias médicas- quedan fuera del alcance de la regla o constituyen una excepción a la misma.

Creo que, antes de proseguir, es menester detenerse un momento para aclarar cierta ambigüedad del término *regla* que puede estar viciando las diferencias entre Raz y Schauer. Entre otras cosas, por *regla* se puede entender, bien el significado de una formulación normativa, o bien la expresión de un compromiso (o juicio de prevalencia) entre razones de primer orden. La primera opción es más acorde con la concepción de Schauer, mientras que la segunda es por la que parece decantarse Raz -al menos al referirse a las nociones de alcance y excepción. Pues bien, tiene sentido hablar de atrincheramientos en ambos niveles. Es posible atrincherar tanto significados de formulaciones normativas, como los compromisos (o juicios de prevalencia) entre razones de primer orden que se consideran expresados por las reglas. La primera idea de atrincheramiento es la que tiene Schauer. En cambio, valiéndonos del aparato conceptual de Raz, podríamos entender que el atrincheramiento se puede producir en el nivel del compromiso reflejado en las reglas. Si éste fuera el caso sería posible, insisto nuevamente, preguntarse por el alcance y las excepciones a una regla sin cuestionar el compromiso entre razones que subyace a la misma. Dicho en términos razianos, sería posible tratar a las reglas -en la segunda acepción de regla antes indicada- como razones excluyentes *dentro de su alcance*.

b) Las imprecisiones del positivismo presuntivo de Schauer

De lo que llevamos visto se infiere que además del positivismo *puro y duro*, descrito por Schauer bajo el rótulo de *modelo basado en reglas*, cabe todavía una forma de positivismo más moderado, en el que lo que se atrinchera no son ya las ejemplificaciones de las justificaciones subyacentes a las reglas, sino los compromisos (o juicios de prevalencia) entre las razones subyacentes a las reglas. Hasta aquí lo único que he pretendido ha sido resolver lo que me parece que constituye un enmarañado *enredo verbal*. A continuación me propongo aprovechar el instrumental conceptual raziano que he desplegado para tratar de arrojar alguna luz sobre los aspectos que me parecen más oscuros de la concepción de Schauer.

Tengo dudas de que el positivismo presuntivo sea una buena reconstrucción de lo que el Derecho exige a quienes tienen el deber de aplicar normas -al menos si nos movemos dentro de los parámetros de lo que usualmente se entiende por *imperio de la ley*-. Recordemos que Schauer mantiene que quienes toman decisiones pueden dejar de lado una regla aplicable a un caso cuando crean que, de no hacerlo así, cometerían un *error de una magnitud particularmente grave*. Además, para no incurrir en el mismo fallo que achaca a Raz, señala que su tesis no requiere que el aplicador del

Derecho examine cuidadosamente en todos los casos las razones de primer orden pertinentes, sino que basta con el aplicador eche, *tan rápido como sea posible*, un mero *vistazo superficial* a las mismas. Como he venido señalando, me parece que Schauer utiliza expresiones de contornos particularmente borrosos para apuntalar distinciones que son claves en su reconstrucción del papel de las reglas de mandato en la deliberación práctica de los órganos jurisdiccionales.

Se impone pues tratar de dar una respuesta precisa a estas dos cuestiones: ¿Cuándo podemos decir que se ha producido un *error de magnitud particularmente grave*? y ¿en qué puede consistir el *rápido vistazo meramente superficial* a las razones de primer orden del que habla Schauer? Para resolver estas cuestiones voy a recurrir a la concepción de las reglas de Raz y, fundamentalmente, a las nociones de alcance y excepción.

c) Errores de primer y de segundo grado

Si entendemos las reglas, como hace Raz, como expresiones de un compromiso entre razones de primer orden con un alcance característico, podemos vislumbrar qué clases de errores son los que pueden alegar los jueces para no tomar decisiones basadas en reglas en principio aplicables. Salvo en los supuestos de los que luego me ocuparé, el error no puede consistir en que el compromiso entre razones expresado en las reglas esté mal construido. El Derecho no faculta al aplicador de nuestro ejemplo a reabrir, cada vez que aplica la regla, la cuestión de si la seguridad vial debe prevalecer o no sobre la agilización del tráfico. Los sistemas jurídicos contienen balances entre razones de primer orden que son autoritativos, es decir, no susceptibles de ser sometidos a una continua revisión por parte de los aplicadores.

Por contra, el error que permite dejar de lado reglas aplicables es el que se produce cuando el resultado al que llevaría aplicar una regla con autonomía semántica -prohibir la entrada de ambulancias o viejos todoterreno al parque- no se compadece bien con el compromiso entre razones de primer orden expresado en la regla -la seguridad vial prevalece sobre la agilización del tráfico-. Esta falta de adecuación se pondría de manifiesto, singularmente, en los casos de excepción a las reglas, en los que falta alguna consideración en el balance de razones de primer orden -la necesidad de salvar una vida humana- y en los casos que quedan fuera del alcance de las reglas -el viejo todoterreno de los veteranos de guerra-. Siguiendo con esta interpretación, cobra también sentido la afirmación de Schauer de que basta con que los aplicadores echen un vistazo meramente superficial a las razones de primer orden aplicables. Comprobar si un supuesto constituye una excepción a la regla o queda fuera de su alcance es, generalmente, mucho más rápido

y económico que entrar a reconsiderar la corrección o no del compromiso entre razones de primer orden expresado en las reglas.

Ahora bien, como antes he indicado, hay supuestos excepcionales en los que cabe que los jueces dejen de lado una regla aplicable alegando que el compromiso entre razones expresado en la regla está mal construido. Tal cosa sucede cuando, a la luz de otros compromisos o juicios de prevalencia entre razones, que se hallan implícitos o explícitos en otras partes del sistema jurídico y que son aplicables al caso en cuestión, se aprecia un error en el propio compromiso entre razones de primer orden expresado en la regla[38]. A este tipo de errores podemos llamarlos «errores de segundo grado», frente a los errores debidos a limitaciones en el alcance y a excepciones a las reglas que serían «errores de primer grado». Lo característico de los errores de segundo grado es que la regla fracasa como razón perentoria. No se trata, como en los errores de primer grado, de problemas producidos por el carácter supraincluyente del *significado de la formulación normativa*, que en nada cuestionan el juicio de prevalencia entre razones de primer orden contenido en la regla; lo que se refuta por erróneo es *el propio compromiso entre razones* que la regla expresa, por lo que se asume que ésta no debe jugar ningún papel en la toma de decisiones futuras.

En suma, si el planteamiento que acabo de esbozar no es erróneo, brindaría a Schauer la posibilidad de establecer las características genéricas de ciertos supuestos en los que se puede hablar de un *error de una magnitud particularmente grave*. Habría, por un lado, errores de primer grado, debidos a limitaciones en el alcance y a excepciones a las reglas y, por otro lado, errores de segundo grado, que afectarían al compromiso entre razones de primer orden expresado en las reglas.

d) Algo más sobre el papel de las reglas de mandato en el razonamiento práctico de los aplicadores del Derecho

De lo que llevamos dicho es posible inferir alguna consecuencia general sobre el papel que juegan las reglas de mandato en el razonamiento práctico de los aplicadores del Derecho. Para empezar, creo que tiene pleno sentido afirmar que las reglas de mandato funcionan como razones perentorias en relación con el compromiso (o juicio de prevalencia) entre razones de primer orden que expresan -volviendo al ejemplo: la seguridad vial prevalece frente a la agilización del tráfico-. Me parece dudoso, en cambio, que funcionen como tales cuando lo que se considera es exclusivamente el significado

[38] Por supuesto, no estoy contemplando dentro de estos supuestos las antinomias de primer grado entre, para las cuales los sistemas jurídicos cuentan con criterios específicos de resolución.

de las formulaciones normativas -está prohibida la entrada de vehículos. Dicho en otros términos, sólo bajo las formas más extremas de ultrapositivismo sería concebible, aún con riesgo para la propia pervivencia del sistema, prescindir absolutamente de los propósitos e intenciones subyacentes a las reglas.

Afirmar que las reglas son razones perentorias en el primero de los sentidos antes mencionado implica que el aplicador del Derecho no puede componer un nuevo balance de razones cada vez que debe resolver un caso. Su falta de acuerdo con el compromiso entre razones expresado en la regla no es una razón para que deje de aplicarla. El Derecho contiene balances de razones que no pueden estar sometidos a una continua revisión por parte de los órganos de aplicación.

No me es posible ocuparme aquí de las razones que podrían justificar seguir las reglas como razones perentorias, ni de si siempre sería razonable[39]. Tan sólo quiero insistir en que, a la hora de fundamentar el carácter perentorio de las reglas de mandato, suele aludirse a consideraciones relativas a la eficacia del razonamiento que lleva a cabo un agente autónomo -en este caso el juez-: razones como el ahorro de tiempo o trabajo, o la reducción de errores a la hora de decidir qué debe hacerse. Pero a estas razones pueden añadirse otras, derivadas de la legitimidad de determinadas formas de distribución del poder político. La conocida tesis de la filosofía política, según la cual, en principio, la determinación de cuestiones sustantivas debe recaer en autoridades democráticas, y no en autoridades no representativas, como las judiciales, ofrece una alternativa prometedora para fundamentar el carácter excluyente de las reglas de mandato. Desde estos postulados de la filosofía política parece incuestionable que los compromisos entre razones expresados en las reglas por el legislador no pueden ser puestos en tela de juicio en cada acto aplicativo de los mismos.

Que las reglas sean razones perentorias no implica que sean razones absolutas. Como ya sabemos hay dos tipos de situaciones ante las cuales los jueces pueden decidir dejar de lado una regla en principio aplicable, a las que me he referido, respectivamente, como «errores de primer» y «de segundo grado». Los errores de primer grado se deben a experiencias recalcitrantes causadas por la autonomía semántica de los enunciados mediante los que se expresan las reglas. Haciendo una suerte de síntesis entre el aparato conceptual desplegado por Raz y el desplegado por Schauer, podríamos decir que en estos casos el significado de una formulación normativa deviene supraincluyente en relación al compromiso o juicio de prevalencia entre razones

[39] De todo ello me he ocupado con detalle en Sobre *la justificación de la autoridad*, ob. cit.

de primer orden que la regla expresa. La otra situación en la que los jueces podrían dejar de lado una regla aplicable se produce cuando aprecian un error de segundo grado. Estos errores ya no se deben a experiencias recalcitrantes relacionadas con el significado de la formulación normativa, sino que los produce el propio juicio de prevalencia entre razones de primer orden que la regla expresa. En estos casos lo que se cuestiona es el propio carácter de razón protegida para la acción de la regla.

Ahora bien, tanto en la apreciación de errores de primer grado como en la de errores de segundo grado, el Derecho determina positivamente la conducta de los jueces. En el caso de los errores de primer grado el aplicador del Derecho tiene que demostrar que, «a la luz del sistema de principios que dotan de sentido a la institución o sector normativo en cuestión», el caso en discusión constituye una excepción o está excluido del alcance de la regla. Y las cosas no son muy diferentes en lo que atañe a los errores de segundo grado, también en estos casos tiene pleno sentido afirmar que el Derecho determina positivamente la conducta de los jueces[40]. Para empezar, un juez no puede rechazar por erróneo el compromiso entre razones contenido en una norma jurídica aplicable basándose en razones hasta el momento no reconocidas por el ordenamiento jurídico. Por ejemplo, no puede apelar simplemente a la consecución de los intereses de ciertos grupos sociales, a la realización de programas políticos, a la potenciación de nuevos objetivos sociales o a la promoción de nuevos valores no incorporados hasta el momento al orden jurídico[41]. Razones como éstas sólo pueden ser alegadas por el legislador para justificar la aprobación de una regla que incorpore un nuevo compromiso entre razones de primer orden, o la derogación de una regla que contenga un compromiso que se estime inadecuado, pero nunca pueden ser esgrimidas por los órganos de aplicación.

Además, los jueces tampoco pueden componer a su arbitrio un nuevo compromiso entre las razones de primer orden contenidas en las reglas. Los jueces sólo pueden dejar de lado las reglas oponiendo la prevalencia de otros compromisos entre las razones de primer orden aplicables al caso en cuestión que ya figuran, expresa o tácitamente, en el sistema. En suma, tanto en el caso de los errores de primer grado como en el caso de los de segundo grado, para poder dejar de lado una regla en principio aplicable los jueces tiene que aludir a razones que guardan una estrecha relación con las ideas de validez material y de coherencia del Derecho.

---

[40] Tengo muy en cuenta las consideraciones expresadas por J. Aguiló en «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», *Isonomía*, México, núm. 6, pág. 75.

[41] Salvo. por supuesto, en el caso de que el Derecho les habilite expresamente para ello. Pero resulta claro que en este supuesto, debido precisamente a dicha habilitación. los jueces no dejan de obrar *desde* el Derecho.

Ya para concluir, quiero arrojar alguna luz sobre una cuestión que he dejado pendiente al hilo de la concepción sobre las reglas y los principios de Atienza y Ruiz Manero. Recordemos que estos autores mantienen simultáneamente que las reglas de mandato son *razones perentorias* para la acción y que el aplicador del Derecho debe realizar, ante cada caso concreto, una *deliberación previa normativamente guiada* sobre la conveniencia o no de aplicar las reglas. Como ya mencioné, la asunción conjunta de ambas tesis ha motivado que se les haya dirigido críticas basadas en la incompatibilidad de ambas afirmaciones. Llegado este momento, podemos establecer las condiciones en las que resulta compatible una deliberación previa sobre la procedencia o no de adoptar una regla con la defensa de su carácter de razón protegida para la acción. Si mi análisis anterior no es errado, es perfectamente concebible que un sujeto, antes de aplicar una regla, delibere sobre si el resultado al que llevaría aplicarla se compadece bien con el compromiso entre razones expresado en la misma, sin que por ello deje de considerar dicha regla[42] como razón perentoria para la acción. Quien antes de aplicar una regla se pregunta por el alcance o las excepciones a la misma -en los términos que aquí he señalado- no pone en tela de juicio el compromiso o juicio de prevalencia entre razones que la regla expresa. De ahí que un agente pueda considerar perentoria una regla y no aplicarla a un supuesto que considera excluido o fuera del alcance de la misma. El sujeto que actúa de esta manera no está cuestionando el carácter de la regla como razón protegida para la acción.

Las cosas son algo distintas en el caso de los errores de segundo grado, en los que el aplicador del Derecho estima que el sistema jurídico contiene otro balance de razones que es opuesto al expresado en la regla y que es aquél el que debe prevalecer. En estos casos la regla, que en principio era una razón perentoria para la acción, resulta derrotada al entrar en conflicto con otra razón también perentoria para la acción que tiene más peso. No hay nada de extraño en ello, pues sabemos por Raz que, cuando dos (o más) razones de segundo orden son incompatibles, pero no se excluyen mutuamente, se produce un tipo característico de conflicto práctico. Para solucionar tales conflictos hay que prescindir de la dimensión excluyente de las razones en competencia y comparar el peso relativo de cada una de ellas, tomadas en su dimensión de razones de primer orden[43].

---

[42] En el segundo sentido de regla al que antes he hecho alusión.

[43] Cfr. *Razón práctica y normas*, ob. cit., págs. 53 y 87.

Bibliografía

AGUILÓ REGLA, JOSEP, «Independencia e imparcialidad de los jueces y argumentación jurídica», *Isonomía*, México, núm. 6, págs. 71 a 79.

ATIENZA, MANUEL y RUIZ MANERO, JUAN, *Las piezas del Derecho*, Ariel Derecho, Barcelona, 1996.

ATIYAH, P. S. y SUMMERS, R. S., *Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions*, Clarendon Press, Oxford, 1987.

BAYÓN MOHNO, J. C., «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 19, 1997, págs. 143 a 180.

FULLER, LON, «Positivism and Fidelity to Law: A Reply to Professor Hart», *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, págs. 630 a 663.

HART, H. L. A., «Positivism and the Separation of Law and Morals», *Harvard Law Review*, núm. 71, 1958, págs. 593 a 628.

HART, H. L. A., «Commands and Authoritative Legal Reasons», *Authority*, Joseph Raz ed., Basil Blackwell, Oxford, 1990.

MORESO, JOSÉ JUAN, «El encaje de las piezas del Derecho», *Analisi e Diritto*, Torino, 1997 (en prensa).

PECZENIK, ALEKSANDER, «Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12.

PRIETO SANCHIS, LUIS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.

PRIETO SANCHIS, LUIS, «Dúplica a los profesores Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero», *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 13.

RAZ, JOSEPH, *La autoridad del Derecho. Ensayos sobre derecho y moral* (trad. de R. Tamayo Salmorán), UNAM, México, 1982.

RAZ, JOSEPH, *Razón práctica y normas* (trad. de Juan Ruiz Manero), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

REGAN, DONALD, «Law's Halo», *Philosophy and Law*, J. Coleman y E. Frankel Paul eds., Basil Blackwell, Oxford, 1987, págs. 15 a 30.

REGAN, DONALD, «Authority and Value: Reflections on Raz's *Morality of Freedom*», *Southern California Law Review*, núm. 62, 1989, págs. 995 a 1095.

RÓDENAS CALATAYUD, ANGELES, *Sobre la justificación de la autoridad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.

SCHAUER, FREDERICK, *Playing by the Rules. A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life*, Clarendon Press, Oxford, 1991.

DOXA 21-I (1998)

SISTEMAS JURÍDICOS MODERNOS EN TRANSICIÓN
Sobre la comunicación jurídica en las teorías contemporáneas de las normas y de la acción

Gracias a los recientes inventos y desarrollos técnicos hoy somos capaces de comunicarnos con cualquier otro con gran rapidez y facilidad, por medio del correo electrónico, el teléfono, el fax y el ordenador personal, esto es, gracias a las posibilidades ofrecidas por la computerización y el procesamiento electrónico de datos. Un aspecto de esta revolución tecnológica es la comunicación de normas jurídicas, reglas y regulaciones que son válidas en los correspondientes sistemas jurídicos estatales y no estatales, y que llegan a ser efectivas a través de la influencia que ejercen en la acción humana. Basta con pensar en las posibilidades de la *online-shopping* en los mercados virtuales de Europa, del intercambio, el comercio y el pago por internet; en pocas palabras, de eso que ya hoy en día se está practicando con el nombre de *comercio electrónico*.

1. La comunicación normativa en la práctica jurídica y la comprensión de las normas y de la acción

1. La acumulación de información jurídica y las reglas acerca de la comunicación jurídica son objeto de un creciente número de normas que ha alcanzado su propio estatus independiente como Derecho de la información (telecomunicación) y de los medios de comunicación. Indudablemente, las nuevas posibilidades *tecnológicas* han cambiado las posibilidades *prácticas* que el hombre tiene en sus acciones jurídicas, pero con ellas, y a través de ellas, la realidad *social* del Derecho ha llegado también a ser diferente. Lamentablemente, la investigación en el ámbito de la jurisprudencia, en particular la investigación jurídica básica, no está a la altura, al menos no lo está en todos los campos, de las cambiantes posibilidades de la acción jurídica práctica.

a) Prevalece hoy día en la argumentación jurídica práctica, en el proceso de toma de decisiones y en el razonamiento jurídico una tendencia a someterse

a unos tipos de relación convencionales entre la práctica jurídica y la jurisprudencia práctica (dogmática) y su interpretación, y a aferrarse a perspectivas tradicionales y a convenciones interpretativas. Me refiero no sólo a las reticencias para ponerse al día en el desarrollo tecnológico (ciencia de los ordenadores, sistemas jurídicos expertos, ciencia de la información jurídica) y adaptarlo al Derecho, sino también a la carencia de una penetración intelectual innovadora en las estructuras y procesos de comunicación jurídica moderna, en el sentido más amplio, mientras que la investigación *empírica* y la teoría del Derecho han tenido éxito en alcanzar un gran nivel de competencia en este nuevo ámbito durante las últimas dos décadas.

b) Precisamente éste es el punto de partida de mis reflexiones sobre la teoría y la sociología del Derecho. Pretendo mostrar en lo que sigue (i) que no sólo la práctica del Derecho ha cambiado y está continuamente cambiando, sino que también el pensamiento jurídico conectado con ella está sujeto a un constante proceso de cambio, y (ii) que este desarrollo se refleja en los conceptos básicos usados por las investigaciones de las distintas teorías del Derecho y sus interpretaciones de los problemas a los que se enfrentan. Además (iii), quisiera exponer en mayor detalle cómo y con qué extensión puede usarse la teoría y la sociología del Derecho en este necesario proceso de reorientación.

2. Una de las más importantes tareas de la teoría jurídica contemporánea es el desarrollo de una teoría de las normas y de la acción que tenga en cuenta las exigencias de la moderna sociedad de la información. De acuerdo con una perspectiva socio-jurídica del Derecho sólo podemos obtener una *comprensión* socialmente adecuada o conveniente de la relación entre las normas jurídicas y las acciones si -y sólo si- estamos también en posición de *observar describir y explicar* empíricamente las operaciones involucradas en el proceso de información por el que tiene lugar toda comunicación jurídica y toda acción jurídica. En realidad, sólo podemos comprender correctamente lo que también podemos explicar. Por otro lado, sólo podemos explicar aquello que previamente hemos comprendido jurídicamente -de una u otra forma-. En términos metodológicos y teóricos, esto no quiere decir que estemos discutiendo sobre la validez del Derecho y la hermenéutica jurídica, en el sentido tradicional, sino con una nueva hermenéutica jurídica analítico-empírica y la construcción de una teoría del Derecho basada en la información y la comunicación.

a) Las teorías convencionales de la acción jurídica y social están basadas generalmente en la conducta humana individual. Se ocupan de examinar si, y en qué medida, ciertas intenciones de los agentes se corresponden con sus acciones jurídicas. Las acciones son comprendidas como la conducta intencional realizada por ciertos sujetos (de la acción), esto es, por un

«ser humano», una «persona», un «individuo» o un «sujeto jurídico». Las acciones jurídicas se muestran como la expresión de una voluntad (y, así, se habla de la *teoría de la voluntad*) declarada por un sujeto jurídico (*teoría del sujeto*). Por lo tanto, desde el punto de vista de la teoría jurídica podemos hablar -de acuerdo con Georg Henrik von Wright- de un *intencionalismo deliberativo*[1].

b) Puede haber cierta duda acerca de si la práctica jurídica y la teoría jurídica requieren no sólo estándares y patrones normativos de conducta, sino también teorías socialmente adecuadas que nos permitan atribuir un comportamiento individual (concreto) a ciertas personas como una acción[2]. Observar y reconstruir, esto es, describir, interpretar y explicar ese proceso de atribución de derechos y deberes, es una de las tareas que se exigen de la teoría y la sociología del Derecho.

c) La comunicación jurídica que, por supuesto, consiste en los medios de producción y difusión de información normativa, aparece hoy en día como la operación crucial en esta tarea, tanto desde el punto de vista de la práctica jurídica como desde el de la teoría jurídica. La distinción entre comunicación y acción nos lleva al desarrollo y la expansión de los sistemas de significado normativo, especialmente los relacionados con el Derecho. Sin embargo, las acciones jurídicas concretas que en la comunicación normativamente estructurada proceden de acuerdo con las reglas de Derecho sin estar completamente determinadas por ellas han de ser distinguidas de las estructuras comunicativas de hechos jurídicos y premisas normativas.

3. La tarea inicial, entonces, es la de examinar diversas versiones de teorías jurídicas sobre las normas y la acción y, especialmente, sobre la comunicación jurídica. Esto puede realizarse mejor, en mi opinión, (i) presentando las ideas de algunos de los principales teóricos de la teoría jurídica y social moderna y contemporánea, y (ii) examinando las críticas y debates entre estos teóricos.

a) Hoy en día hay cierto reconocimiento en el pensamiento jurídico alemán de que la teoría jurídica podría ser más útil si algunos de los diferentes enfoques tradicionales fueran integrados en un método comprehensivo o una megateoría del Derecho y del Estado, que pudiera ser utilizada a su vez

---

[1] Georg Henrik von Wright, *Handlung, Norm und Intention* (Berlin-New York). Werner Krawietz, «Sprachphilosophie in der Jurisprudenz», en *Philosophy of Language*, ed. por Marcello Dascal, Dietfried Gerhardus, Kuno Lorenz y Georg Meggle, 2 vols. (Berlin-New York, 1966), II, pp. 1470-1489 (pp. 1485-1487).

[2] De importancia fundamental: *Verantwortung. Prinzip oder Problem?*, ed. por Kurt Bayertz (Darmstadt, 1995). Véase también: Werner Krawietz, «Theorie der Verantwortung -neu oder alt? Zur normativen Verantwortungsattribution mit Mitteln des Rechts», ibid., pp. 184-216 (pp. 187 ss.). Aquí debe distinguirse entre (i) una atribución de responsabilidad causal y normativa y (ii) una atribución general e individual, basadas la una en la otra.

como base y esquema conceptual para una posterior teorización plenamente provechosa. En los últimos años se han desarrollado y propuesto mega o superteorías relativas a la relación entre la teoría social y la teoría jurídica, en particular por Habermas y Luhmann. El desafío al que nos enfrentamos es el de formular una teoría que describa y explique de qué manera funcionan realmente los procesos jurídicos de comunicación y toma de decisiones. La idea clave propuesta por la teoría y filosofía del Derecho contemporánea es que una teoría jurídica y social debe estar basada en una teoría de la comunicación. Hace algunos años, Habermas elaboró esta idea de manera muy comprehensiva en dos volúmenes publicados en 1981 con el título de *Teoría de la acción comunicativa*[3], considerada por algunos como su obra magna. También Luhmann considera a su recientemente publicada teoría jurídica y social del Derecho como una teoría de la comunicación jurídica[4]. En lo que sigue, quisiera trazar mi teoría de la información y comunicación jurídica, que se apoya en una integración de la teoría jurídica y la teoría social.

b) Una vez que estemos en posición de *explicar* la comunicación jurídica y todas las acciones jurídicas que tienen lugar en los sistemas jurídicos, entonces, y sólo entonces, seremos capaces de *comprender* cómo están relacionadas entre sí las normas y las acciones. Desarrollar una teoría de las normas y de la acción basada en la comunicación es, consecuentemente, una de las tareas más importantes de la teoría jurídica contemporánea. Por lo tanto, parece apropiado pensar en la construcción de una teoría de la comunicación jurídica que tenga en cuenta el nivel de desarrollo tecnológico que ya se ha alcanzado en este ámbito (como la ciencia de la computación, los sistemas jurídicos expertos, la ciencia de la información jurídica), y para ello no tenemos que seguir discutiendo con la hermenéutica jurídica en sentido tradicional, sino con la hermenéutica jurídica analítica y con una teoría del Derecho basada en la información y la comunicación.

4. No puede dudarse de que tanto la práctica jurídica como la dogmática jurídica necesitan «teorías» de nivel inferior que les posibiliten la atribución como acciones jurídicas de conductas individuales, concretas, a ciertas personas. Aquí, la comunicación socio-jurídica que, como sabemos, sirve para la transmisión de información, es vista como la operación fundamental. Es esta operación la que hace posible construir y desarrollar sistemas de significado normativo. La acción concreta que tiene lugar en la comunicación

[3] Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 vols (Frankfurt, 1981).

[4] Niklas Luhmarm, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie* (Frankfurt, 1984), pp. 191 ss., 206 s.; el mismo autor, *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt, 1993), pp. 35 ss., 124 ss.

normativamente estructurada, sin embargo, tiene que ser claramente distinguida de esta operación. Lo mismo se aplica también a los problemas de analítica-hermenéutica relacionados con la comprensión de significados normativos, especialmente de los sistemas de significado jurídico.

a) El hecho de que todas las aproximaciones sobre la teoría de las normas y la acción que se autolimitan al individuo considerado como sujeto ignoren la existencia de los -mucho más complejos, más o menos organizados y genuinamente sociales- «sujetos colectivos» es visto, acertadamente, como un nuevo defecto de las investigaciones que tienen lugar en la jurisprudencia. Esos sujetos colectivos, como, por ejemplo, todas las instituciones, organizaciones y sistemas sociales que son expresión de un común estilo de vida comunicativo, tienen una influencia significativa en el comportamiento/las acciones humanas dentro de un sistema jurídico. Una teoría del Derecho basada en la información y la comunicación debe tratar de solucionar y compensar los defectos de una teoría de la acción que opere con sujetos individuales y centrada en el actor.

b) De esta forma, la estructura y las funciones de los sistemas jurídicos modernos -considerados desde el punto de vista de la teoría de las normas y de la acción- constituyen *un* sistema de información y comunicación para el conjunto de la sociedad y con un impacto mundial. Las estructuras normativas de este sistema, fijadas por el lenguaje jurídico y basadas en expectativas socialmente generalizadas, sirven al conjunto de la sociedad al proporcionar una orientación y una guía de la conducta en toda clase de experiencias jurídicas y acciones jurídicas. Es función social de los sistemas jurídicos asegurar que los destinatarios del Derecho actúen en conformidad con sus reglas, esto es, que predomine en ellos la obediencia a las normas. Esto se consigue cuando éstos cumplen plenamente con las expectativas de conducta prescrita fijadas y generalizadas por medio del lenguaje del Derecho. Sin embargo, se necesita una investigación muy detallada para determinar de qué manera la comunicación jurídica es jurídicamente vinculante y socialmente efectiva.

II. El concepto de comunicación jurídica y la comunicación jurídica en las teorías jurídicas contemporáneas

1. El concepto de comunicación normativa en el ámbito del Derecho que aquí estamos utilizando cubre todo el campo de la comunicación jurídica. Abarca el conjunto de todas las directivas y normas que son producidas autorreferencialmente por medio de una continuada y permanente autorreferencialidad en los sistemas jurídicos de la sociedad moderna. Se extiende a todas las formas de acción jurídica, a cada tipo de atribución normativa de responsabilidad, especialmente a la asignación e imputación de derechos y

deberes conocidos por nosotros en las áreas de Derecho civil, Derecho penal y Derecho público. Un concepto de Derecho orientado exclusivamente al Estado que tenga como única referencia un Derecho estatal formal y no haga referencia a las múltiples condiciones y precondiciones sociales e informales de la creación de leyes sería demasiado estrecho para ser aceptable.

a) Con «autorreferencialidad normativa del Derecho» (entendida en el sentido de una continua autorreferencialidad dentro del sistema jurídico) quiero expresar el hecho jurídico institucional de que el Derecho que es necesario se produce por medio de una auto-organización, auto-producción y auto-reproducción en los sistemas jurídicos de la sociedad moderna. En otras palabras, el Derecho es generado no sólo por una organización estatal específica o por un sistema jurídico estatal altamente burocratizado, con su compleja estructura basada en la división del trabajo, sino también en toda clase de instituciones y sistemas sociales, tales como sistemas de interacción y organización y en los diversos tipos de sociedad, sea una sociedad regional o, en un nivel mayor de abstracción, la sociedad mundial como tal.

b) Cualquiera que estudie la comunicación jurídica desde la perspectiva de la teoría de las normas y de la acción debe estar preparado para algunas correcciones -necesarias desde hace tiempo- y cambios de dirección paradigmáticos del concepto de acción tradicional, sólo convencionalmente aplicadas o implícitamente asumidas, a pesar del hecho de que el concepto de acción jurídica ha tenido hasta ahora manifestaciones razonablemente acertadas en la jurisprudencia y en las otras ciencias sociales. A diferencia del concepto de acción tradicional, individualista, las siguientes consideraciones parten del reconocimiento de que todas las comunicaciones jurídicas y todas las acciones jurídicas de nuestra vida cotidiana en comunidad siempre han estado guiadas y dirigidas por instituciones normativas, organizaciones y sistemas sociales. Sin embargo, estos hechos institucionales y normativos no han sido tenidos en cuenta suficientemente ni por el positivismo jurídico tradicional del Derecho constitucional y del Derecho público ni por ese tipo de positivismo jurídico contemporáneo que es desarrollado hoy por los seguidores de un institucionalismo y neo-institucionalismo iuspositivista y normativista[5]. Si bien estas aproximaciones incluyen las acciones de sujetos colectivos[6] en su teoría de las normas e instituciones, su orientación hacia el sujeto permanece esencialmente individualista.

2. En contraste con esto, trataré de trazar en lo que sigue el armazón de una teoría que haga referencia al contexto social. Tomar en consideración

[5] Véase Ota Weinberger, *Alternative Handlungstheorie* (Viena, 1996), pp. 234 y ss., 255 y SS.

[6] Ibíd., pp. 110 y sig. 243 y sig., 245 y sig.

los requerimientos de una teoría normativa de la comunicación implica abandonar como una cuestión de principio las restricciones impuestas al pensamiento jurídico por las teorías del actor y del sujeto. Al hacer esto, asumo la *positividad* de todo Derecho, que -de acuerdo con una teoría de las instituciones y de los sistemas- considero como *selectividad*. Aquello que es seleccionado como Derecho y convenido institucionalmente con validez jurídica es el resultado de una selección entre otras posibilidades -ni más, ni menos. Este carácter selectivo continúa a través de las diferentes etapas de producción del Derecho, con su división en etapa legislativa, ejecutiva y judicial, etc. Un punto de partida lo encontramos en el concepto de comunicación que se usa normalmente en la teoría general de las instituciones y sistemas sociales[7], y que puede también proveer de alguna guía para la teoría jurídica de las normas y la acción. De acuerdo con este concepto, la comunicación normativa consiste en un proceso de selección en tres etapas o partes que unifican (i) *información*, (ii) *emisión* y (iii) *comprensión* en una única entidad o unidad emergente. Ninguno de los componentes de este proceso o sus productos existen por sí mismos ni deóntica ni deontológicamente. Sólo cuando su selectividad se vuelve coherente tiene lugar la comunicación normativa, especialmente en la comunicación jurídica.

3. Nosotros tendremos que examinar más detenidamente (i) qué elementos y componentes integran una comunicación normativa y (ii) qué demandas institucionales y sistémicas han de ser satisfechas para que una comunicación correcta y una transmisión satisfactoria de información y noticias lleguen a sus respectivos destinatarios. La información, sea cual sea la manera por la que es producida (normativamente/fácticamente), no sólo debe ser emitida, sino que debe también ser comprendida para ser comunicada. Desde un punto de vista normativo realista, el receptor debe considerar la comprensión como un aspecto parcial de la selección normativa de significado, que puede ser distinguida analíticamente de los aspectos de información y emisión. Lo que hace que la comunicación jurídica tenga éxito no es el hecho de que algo haya sido transmitido correcta o incorrectamente, sino el hecho de que ha sido *producida*, *emitida* y *comprendida* una información normativa a partir de la cual se puede y está permitido -pero no es necesario- derivar una nueva información. El único requerimiento es que debe ser posible reaccionar frente a la comunicación con su aceptación o rechazo en la práctica jurídica. La comunicación jurídica, por tanto, es satisfactoria cuando el destinatario y receptor, desde su perspectiva, puede y le está permitido considerar la emisión de la información como comprendida

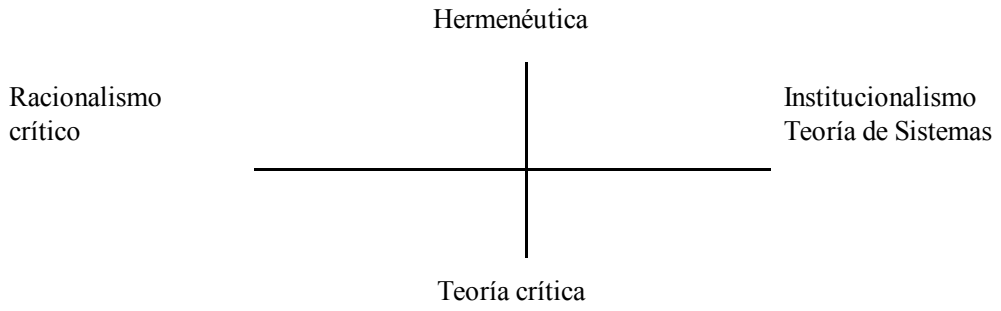
[7] De fundamental importancia: Niklas Luhmann, «Was ist Kommunikation?». en Luhmann, *Soziologische Aufklärung* (Opladen, 1995), VI, pp. 113-124.

y, por tanto, se ha situado en la posición de decidir si conformarse con las correspondientes normas o desviarse de ellas. Su consiguiente conducta expresando aceptación o rechazo es vista al mismo tiempo como el comienzo de una posterior, nueva, comunicación, que se sigue de las comunicaciones previas, cualquiera que pueda ser el resultado.

III. El Derecho como estructura normativa y como medio de la comunicación socio-jurídica

1. Hasta hace poco el Derecho no ha sido considerado como un medio normativo de comunicación. Tampoco la discusión con normas jurídicas objetivizadas en procesos de decisiones jurídicas ha sido interpretada como un proceso de comunicación normativa condicionada por la estructura social. Lo que hoy día consideramos como comunicación normativa en el ámbito del Derecho solía tratarse hermenéuticamente en gran medida. El método hermenéutico, sin embargo, y la comprensión de textos jurídicos, fue, normalmente, usado sólo para interpretar reglas jurídicas, más que para explicar las acciones jurídicas mismas. Por lo que se refiere a la relación entre normas y acciones en el Derecho, la comprensión hermenéutica ha estado generalmente limitada al texto y a su significado normativo y no se ha extendido al contexto social. De la misma manera, se ha ignorado en gran medida el hecho de que el significado normativo de las comunicaciones sociales que son reguladas por medio del Derecho no puede ser explicado satisfactoriamente si sólo es interpretado su contexto social. A propósito de las diferentes aproximaciones al Derecho véase: figura 1.

Hoy, sin embargo, hay una creciente comprensión, apoyada por una investigación antropológica y cultural, etimológica y sociológica, del hecho de que los humanos son seres dependientes del contexto y seres que transcienden el contexto. Lo primero quiere decir que los seres humanos tenderán siempre a enraizarse y vivir dentro de instituciones y sistemas sociales;



(Figura 1)

lo segundo, que ninguna estructura social (o secuencia finita de instituciones y sistemas sociales) les resultará plenamente satisfactorio. Los seres humanos siempre encontrarán formas de situarse fuera de las estructuras sociales establecidas.

2. Hasta principios de los años setenta las teorías de la comunicación normativa no entraron en el ámbito del Derecho, o bien lo hicieron sólo tímidamente y de una manera limitada, enfocada principalmente a la aplicación del Derecho por los jueces. Esas nuevas teorías quedan reflejadas de una manera drásticamente reducida en el lema *El Derecho es una comunicación dirigida a los jueces*, que fue ampliamente usada en la teoría y la práctica del Derecho.

a) Esta reducción reside en el hecho de que el *sistema primario* o *sistema del súbdito* del Derecho, por usar el término acuñado por Alchourrón y Bulygin, esto es, el «sistema de normas que regula la conducta de los destinatarios del Derecho»[8], fue ignorado por esta teoría de la comunicación. Como muestra lo anterior, esta aproximación, que concibe al Derecho como un medio normativo de comunicación dirigido a los jueces, fue limitado y restringido exclusivamente al *sistema secundario*, que es visto como un sistema integrado por jueces («Richtersystem»)[9].

b) Esto implica que no sólo el concepto de norma jurídica y de sistema jurídico estaba determinado hermenéuticamente, sino que la aplicación de normas jurídicas a casos individuales fue abordada desde el mismo punto de vista. Las instituciones generadas, organizaciones y otros sistemas sociales fueron sólo consideradas como artefactos humanos que deben ser interpretados (a la manera de las humanidades, esto es) hermenéuticamente, antes que como hechos institucionales normativos, esto es, procesos sociales de comunicación normativa.

c) El mismo tipo de pensamiento que discurre al margen de una teoría de la comunicación dominó también el sistema *científico* en varios niveles de autoabstracción y autorreflexión del pensamiento jurídico, por ejemplo, en el contexto (i) de la dogmática jurídica, (ii) del método jurídico y (iii) de la jurisprudencia general. La argumentación jurídica práctica permaneció también enraizada en el ámbito de la hermenéutica jurídica, al margen de aproximaciones alternativas fundadas en una nueva tópica y una nueva retórica jurisprudencial[10].

---

[8] Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative Systeme* (Freiburg i. Br., 1994), pp. 240 y sig., 245, 254 (trad. de W. K.).

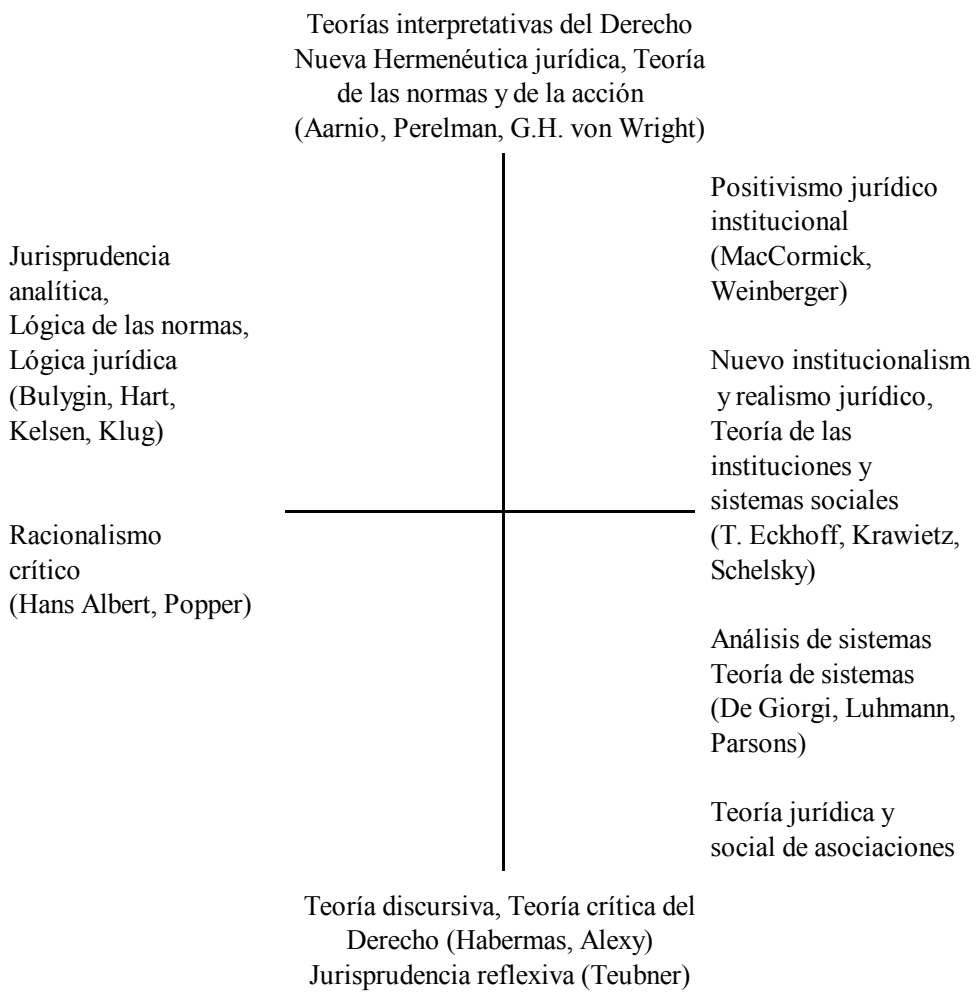
[9] Ibid., pp. 249 y ss.

[10] Werner Krawietz, «Sprachphilosophie in der Jurisprudenz» (pie de página 1), pp. 1476 y ss., 1480 y ss.

3. Esta situación cambió en el curso de los años setenta y ochenta, cuando las investigaciones institucionalistas y de teoría de sistemas se extendieron en el ámbito de la teoría social y jurídica. Eso fue lo que hizo posible reemplazar las investigaciones teóricas previas, estrictamente hermenéuticas.

a) Los estrechos confines de la hermenéutica jurídica fueron ensanchados, por ejemplo, (i) por la teoría (jurídica) institucional positivista de la Escuela de Graz, el llamado Positivismo Jurídico Institucional (de Ota Weinberger), (ii) el Positivismo Jurídico Interpretativo de procedencia británica (de Neil MacCormick) que está estrechamente vinculado al primero, y (iii) una teoría del Derecho centrada en las instituciones y sistemas, de carácter normativo y político-funcional, a propósito de las relaciones entre normas y acciones (de Helmut Schelsky y otros). Este último se ha movido más allá y fuera del convencional positivismo jurídico y legislativo basado en el Estado del tipo europeo continental. Entre las nuevas perspectivas, ésta es una de las que tienen un mayor derecho a ser considerada una nueva forma de institucionalismo (incluso con referencias a la dogmática jurídica y el método jurídico).

b) En el ámbito de la teoría sociológica de sistemas (Parsons, Luhmann, De Giorgi), tanto como en el de la teoría y sociología del Derecho (Eckhoff/Sundby, Krawietz, Gromitsaris, Petra Werner, Schemann, Chanos, Veddeler y otros), la teoría de sistemas provee de un equivalente correspondiente. De acuerdo con esta última, una teoría del Derecho es una teoría de comunicaciones normativas y acciones jurídicas que están estructuradas y reguladas por instituciones sociales y sistemas socio-jurídicos. Esto muestra que toda comunicación normativa y de control social, especialmente la comunicación social en el ámbito del Derecho en los sistemas jurídicos de las sociedades modernas, depende en gran medida de la formación de estructuras sociales. Éstas, por su parte, descansan en instituciones sociales y sistemas por los que todas las acciones humanas, hayan sido realizadas por un colectivo representativo o por individuos, están determinadas y son dirigidas en una medida significativa por medio del Derecho. Sobre esas aproximaciones, véase: figura 2.



(Figura 2)

c) A estas aproximaciones se han añadido recientemente nuevas investigaciones que, siguiendo a Simmel, entre otros, se refieren a las diversas formas de asociaciones sociales formadas por los seres humanos. Tales estudios pretenden investigar todas las formas de asociación del conjunto de la sociedad que son usadas en la vida jurídica cotidiana y pueden ser identificadas empíricamente, con el fin de estudiar su impacto en la creación de nuevo Derecho. En la *teoría de asociaciones sociales* que comienza a tomar forma el Derecho aparece no sólo como una estructura, sino como un medio de regular las relaciones sociales. A partir de ella podemos ver que en

los sistemas jurídicos de las sociedades modernas todas las comunicaciones normativas y controles sociales, especialmente las comunicaciones normativas en el ámbito del Derecho, dependen en gran medida de las estructuras sociales que están surgiendo. Éstas, a su vez, están basadas en asociaciones sociales, instituciones y sistemas que ejercen una influencia decisiva en toda acción humana -sea en las acciones de sujetos individuales, sea en las acciones de sujetos colectivos- y dirigen esta acción por medio del Derecho.

IV. Concepciones lingüísticas y no lingüísticas de las normas jurídicas, orden jurídico y sistemas jurídicos

1. Desafortunadamente, una teoría del Derecho basada en la información y la comunicación que se refiera a la relación entre las normas y las acciones no ha sido todavía concluida. El desarrollo de una teoría de este tipo es una tarea que todavía debe ser completada. Sea cual sea la manera como esta tarea vaya a ser realizada, la teoría no debería limitarse a proporcionar un análisis de los argumentos jurídicos ni guías para la resolución de conflictos por parte de prácticos y jueces. Una teoría del Derecho basada en la comunicación, desde mi punto de vista, trata de establecer un esquema inteligible para relacionar el orden jurídico de normas y acciones con otros fenómenos sociales.

a) Para conseguir esto último debemos trabajar sobre la base de un concepto muy amplio de comunicación, que contenga todas las transmisiones lingüísticas y todas las comunicaciones normativas que tengan una conexión social -no necesariamente establecida por el Estado- con el Derecho. Deben ser considerados como comunicaciones jurídicas todos los modos sociales de conducta, tanto individuales como colectivos, que tengan la pretensión de establecer normas jurídicas, concretar su contenido o cambiarlas. En concreto encontramos, por un lado, las actividades de toma de decisiones del equipo jurídico del legislativo, del ejecutivo y del judicial, todo lo cual creo que constituye el *sistema secundario* del Derecho; y, por otro lado, la conducta cotidiana, que tiene lugar en el mundo real, de los destinatarios del Derecho que se guían por las expectativas jurídicas ya establecidas socialmente, que constituyen el *sistema primario* del Derecho[11].

b) El Derecho, entonces, ya no es entendido como un sistema de normas basado sólo en la lectura hermenéutica de los textos jurídicos y su significado, ni es reducido o comprimido bajo esta interpretación exclusiva. Por el contrario, es interpretado como un orden dinámico, completamente

[11] Werner Krawietz, *Recht als Regelnsystem* (Wiesbaden. 1984), pp. 110 y ss.. 153 y sig. et passim.

estabilizado socialmente y comprehensivo, y como un entramado de comunicaciones normativas y acciones jurídicas. Éstas pueden dirigirse, aunque no necesariamente, a un continuo proceso de autoproducción y reproducción de normas jurídicas y acciones jurídicas. El funcionamiento de los sistemas jurídicos produce y reproduce al sistema jurídico mismo, esto es, reproduce comunicaciones plenamente significativas. Cuando es visto como un sistema jurídico dinámico, el Derecho válido produce continuamente Derecho válido por medio de sus operaciones comunicativas. Una comunicación jurídica conduce a otra, que a su vez conduce a otra, y así sucesivamente.

2. Tomando una distinción provechosamente empleada en Derecho y en la comunicación normativa del Derecho, trazada por Opalek al diferenciar entre directivas y normas[12], podría decirse que en los sistemas jurídicos las directivas jurídicas y las normas jurídicas previamente hechas válidas están constantemente referidas a, y constituyen los puntos de partida de, nuevas directivas y normas jurídicas, y así sucesivamente. De esta manera, continuamente producen y reproducen el *sistema jurídico* que, como un todo, es considerado como una *entidad que comprende el sistema primario y el sistema secundario del Derecho*. Las directivas y normas, sin embargo, son usadas como y cuando son requeridas, esto es, no de acuerdo con una norma básica preconcebida («Grundnorm»)[13] o algún plan maestro, sino pragmáticamente y sobre una base *ad hoc*.

a)Desde un punto de vista estructural y funcional, la comunicación jurídica difiere ampliamente de otras comunicaciones normativas porque siempre tiene lugar con referencia a las normas jurídicas ya válidas (o más bien a las oraciones normativas con un significado simbólico constituido por el uso del lenguaje del Derecho) de un sistema jurídico ya existente. Por tanto, apunta a la producción (y esto siempre significa también reproducción) de decisiones jurídicas dentro de un sistema social autorreferente de directivas y normas que se diferencian progresivamente, y se vincula a comunicaciones cada vez más conectadas por medio de nuevas directivas y normas. Desde el punto de vista de la teoría de las normas y de la acción no es relevante si en este proceso éstas aparecen como leyes, decisiones jurídicas o administrativas, contratos u otras clases de directivas. Por el contrario,

---

[12] Kazimierz Opalek, *Theorie der Direktiven und Normen* (Wien, 1986); el mismo, «Unterschiedliche Normbegriffe: Theodor Geiger und analytische Normentheoric», en Siegfried Bachmann, *Theodor Geiger Soziologe in einer Zeit «zwischen Pathos und Nüchternheit»* (Berlin. 1995), pp. 211-226. Véase también: Werner Krawietz, «Kazimierz Opaleks Rechtstheorie -in internationaler Perspektive betrachtet», en *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts,* ed. por él mismo y Jerzy Wróblewski (Berlin, 1993), pp. V-XX (pp. XIII y sig.).

[13] Krawietz, *Recht als Regelnsystem* (nota 11), pp. 134 y sig., 139, 185.

la relación entre el establecimiento de reglas y la aplicación de las mismas es siempre el aspecto central de la comunicación jurídica.

b) De lo anterior se sigue que la comunicación del Derecho ha de ser distinguida estricta y claramente de las intenciones de aquellos individuos que participan como autores en los procesos político-jurídicos de selección de prescripciones y normas jurídicas. Es la relación entre el establecimiento de reglas y la derivación de reglas lo que constituye siempre el aspecto central de la comunicación jurídica. La continua *correlación entre normas y hechos* que tiene lugar *caso por caso* no debe ser relegada por más tiempo a una aproximación que es normativista, meramente voluntarista o incluso positivista en relación con la legislación y el Derecho -que es lo que sucede frecuentemente en la metodología jurídica y la jurisprudencia en general. Por el contrario, debemos comprender los sistemas jurídicos de las sociedades modernas como sistemas de información y comunicación. Cuando investigamos, tales sistemas de comunicación se muestran particularmente importantes para hacer un análisis completo de los nudos dentro de esas redes comunicativas de relaciones jurídicas, tales como aquellas que -desde un punto de vista antropológico o sociológico o desde el punto de vista de la teoría de la acción- están ocupadas por los respectivos actores (o, más exactamente: por los *destinatarios del Derecho*). En cualquier caso, debemos distinguir entre las comunicaciones normativas del Derecho y las intenciones o intereses de «individuos» que participan en los procesos de selección político-jurídica, bien como sus originadores, bien como figuras con influencia, sin ser ellos mismos parte de esta estructura. Podría decirse, por tanto, quizá un tanto exageradamente, que *es la comunicación la que comunica* -y no sus originadores, personas o siquiera algún sujeto o individuo[14]. Si la comprensión de la comunicación en el Derecho llegara a ser generalmente aceptada, esto podría tener consecuencias considerables para el análisis, la descripción y la comprensión de cómo funcionan las normas y los sistemas jurídicos. Sería imposible continuar aceptando -al menos en el nivel de la teoría jurídica- la interpretación convencional del Derecho que considera a las normas como la expresión de la voluntad de legisladores específicos y productores de normas (la llamada teoría de la voluntad), o seguir apoyando la teoría del sujeto. En su lugar, las normas jurídicas tendrían que ser reconocidas como comunicaciones autónomas, dada la forma simbólica de formulaciones normativas que en cada caso están adscritas a un específico sistema de comunicación o acción, se trate de estas instituciones, organizaciones o autoridades legislativas.

[14] Sobre este particular: Walter Kargl, «Kommunikation kommuniziert? Kritik des rechtssoziologischen Autopoiesebegriffs», en *Rechtstheorie*, 21 (1990), pp. 352-373.

c) Los autores que, como Opalek, tienen en común una teoría de las normas basada en el análisis del lenguaje y ven los aspectos lingüísticos del Derecho como centrales para su trabajo, han señalado repetidamente la «oposición entre la concepción lingüística y la concepción no lingüística de las normas»[15]. Esto no quiere decir, sin embargo, que debamos decidir a favor de una o de otra o de ambas teorías para la elaboración de una teoría de la comunicación jurídica. En la teoría social y jurídica, la divergencia de pensamientos y la cooperación en la teoría social y jurídica es nuestro destino. La rivalidad entre diferentes modos de investigación y diferentes concepciones sobre la teoría de la comunicación significa que necesitamos nuevos métodos de explicación jurídica y comprensión.

V. Sobre la explicación y la comprensión de la comunicación jurídica y los sistemas jurídicos modernos

1. No sólo el Derecho está en un momento de transición, sino también la propia teoría del Derecho. Desde la perspectiva de un recorrido cultural y de un análisis comparativo de las diferentes culturas jurídicas, que no debe restringirse a Europa, en mi opinión no estamos enfrentándonos solamente a un conjunto variado de transiciones diferentes al Estado de Derecho. Más bien, nos encontramos en una situación en la que las teorías jurídicas y sociales ya establecidas en los diferentes sistemas socio-jurídicos están ellas mismas expuestas a cambios radicales y desplazamientos de paradigma a la luz de los cambios tecnológicos y de las condiciones puestas por las modernas sociedades de información para la organización y estructura del orden jurídico.

a) Al margen de esos cambios, se pueden albergar dudas -si se me permite esta consideración herética- acerca de la supervivencia del Estado de Derecho sobre el que estamos discutiendo aquí. Podría muy bien estar en declive. Desde el punto de vista de un escepticismo hacia las reglas, que ya avancé en ocasión tan temprana como en 1984 en mi libro *Recht als Regelnsystem,* y desde el punto de vista de la teoría jurídica y filosofía jurídica, no me parece desmesurado llegar a la conclusión crítica de que el Estado de Derecho es un mito normativo.

b) El surgimiento del Estado administrador-regulativo ha levantado serias dudas acerca de la idea de que el Estado de Derecho efectivamente constriñe y regula el poder de los órganos estatales en las sociedades liberales

[15] Opalek, «Unterschiedliche Normbegriffe» (pie de página 12). Para una consideración detallada de las dos concepciones de las normas: Kazimierz Opalek, «Der dualismus der Auffassung der Norm in der Rechtswissenschaft», en *Rechtstheorie*, 20 (1989), pp. 433-447, 436 s., 443. También: Krawietz, «Kazimierz Opaleks Rechtstheorie» (pie de página 12).

contemporáneas. En los sistemas jurídicos estatales modernos, las instancias administrativas y reguladoras ejercitan ampliamente poderes discrecionales guiados sólo por reglas más bien vagas. Personalmente, sin embargo, yo no llegaría a considerar el Estado de Derecho como una ficción.

2. En lo que sigue, distingo entre ordenamiento jurídico y sistema jurídico. Por sistema jurídico me quiero referir sobre todo, pero no exclusivamente, a los sistemas jurídicos estatales en el contexto de las sociedades modernas. Estos se caracterizan por su aparato burocrático y procedimental y sus organizaciones de personas (legisladores, tribunales, abogados, etc.) que promulgan, aplican, administran y, por otra parte, discuten sobre el Estado de Derecho. El ordenamiento jurídico puede ser entendido como una entidad «despoblada», abstracta, que se compone comprehensivamente de todos los derechos jurídicos, deberes y poderes en una sociedad. Como resultado de ello, el ordenamiento jurídico requiere una cuidadosa estructuración y sistematización.

a) La acción jurídica es definida como conducta social regulada por información normativa o fáctica. No obstante, las acciones jurídicas están constreñidas a alternativas limitadas por instituciones y sistemas sociales. El término «información» tiene un significado particular. Hay dos tipos de información. El primero es la información práctica (prescriptiva), o conocimiento de lo que debe ser hecho. El segundo es la información descriptiva, o conocimiento de lo que es. La información práctica tiene siempre relación con una norma, con un juicio de deber. Tales juicios normativos abarcan reglas, principios, fines, valores e intereses. La información, tanto práctica como descriptiva, que es comunicada y procesada al tomar una decisión se adquiere a través de la experiencia en un contexto cultural.

b) El segundo determinante más importante de la conducta humana es el espacio para la acción permitido por las instituciones y los sistemas sociales. Los seres humanos operan en el marco de entramados o estructuras de reglas que les posibilitan alcanzar ciertos fines y prevenirse de las actividades de otros.

3. Desde el punto de vista de una teoría de las instituciones y sistemas sociales, la comunicación jurídica puede ser definida ahora en términos de función, tal como he señalado al comienzo de este artículo.

a) El sistema jurídico es un sistema de comunicación que sirve para asegurar expectativas normativas. Las nuevas comunicaciones son producidas regularmente por el sistema, pero el sistema social está programado para reconducir las comunicaciones jurídicas al circuito jurídico, las económicas al circuito económico, etc. Qué comunicaciones pertenecen a un circuito u otro es una cuestión determinada por cada circuito mismo de acuerdo con su propio código.

b) El sistema jurídico procesa la comunicación jurídica internamente. El contenido del Derecho y del ordenamiento jurídico puede cambiar por medio de la legislación y la aplicación judicial. Para reducir complejidad, el sistema jurídico se limita a sí mismo a ciertas clases de comunicación, esto es, sólo la comunicación jurídica genera más comunicación jurídica y de esa forma mantiene la actividad del sistema. Así se crea un sistema de contenido jurídico. No hay un punto de partida ni un punto final (a menos que el sistema se desintegre). Una comunicación conduce a otra, que a su vez conduce a otra, y ésta a su vez a otra, y así.

Resumen. He llegado a la conclusión de que las instituciones y los sistemas sociales, en términos de una teoría basada en la información y la comunicación, no se componen de actores individuales o colectivos, o más exactamente de sus acciones intencionales, sino que están constituidos y sólo pueden ser comprendidos adecuadamente a la manera de actos comunicativos autorreferencialmente vinculados, en otras palabras, directivas y normas con directivas y normas anteriores, etc. Si consideráramos al simple ser humano, al individuo, etc. meramente como un elemento en las instituciones sociales, en las comunicaciones y en la formación de los sistemas, careceríamos de base para ocuparnos de la existencia de relaciones sociales o interacciones, dado que ni las interacciones ni las relaciones «son» seres humanos. ¿Tendremos que concluir, por tanto, que -si queremos comprender y explicar la acción organizada llevada a cabo por «agentes colectivos» o «sujetos colectivos» de cualquier tipo, incluyendo al Estado- la propia teoría de las normas y de la acción debe ser reemplazada o sustituida por un nuevo patrón o paradigma interpretativo?

Bibliografía seleccionada

Aarnio, Aulis, *Reason and Authority* (Aldershot, 1997).

Aarnio, Aulis; Paulson, Stanley L.; Weinberger, Ota; Wright, Georg Henrik von; Wyducket, Dieter, eds., *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit* (Berlin, 1993).

Alchourrón, Carlos E. y Bulygin, Eugenio, *Normative Systeme* (Freiburg i. Br., 1994).

Albert, Hans, «Zur Kritik der reinen Jurisprudenz: Recht und Rechtswissenschaft in der Sicht des kritischen Rationalismus», en *Internationales Jahrhuch für Rechtsphilosophie und Gesetzgebung* (1992), pp. 343-357.

Alexy, Robert, *Begriff und Geltung des Rechts* (Freiburg i. Br., 1992). Bayertz, Kurt, ed., *Verantwortung. Prinzip oder Problem?* (Darmstadt, 1995). Chanos, Antonis, «Erwartungsstruktur der Norm und rechtliche Modalisierung des Erwartens als Vorgaben sozialen Handelns und Entscheidens», en *Kritik der Theorie sozialer Systeme. Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk,* ed. por Werner Krawietz y Michael Welker (Frankfurt a. M., 1992), pp. 230-246.

-*Begriff und Geltungsgrundlagen der Rechuanalogie im heutigen juristischen Methodenstreit* (Köjln-Weimar, 1994).
Eckhoff, Torstein y Sundby, Nils Kristian, *Rechtssysteme. Eine systemtheoretische Einführung in die Rechtstheorie* (Berlin, 1988).
Gromitsaris, Athanasios, *Theorie der Rechtsnormen bei Rudolph von Ihering. Eine Untersuchung der Grundlagen des westdeutschen Rechtsrealismus* (Berlin, 1989).
- *Normativität und sozialer Geltungsgrund. Zur Revision und Reformlierung der Normentheorie von Theodor Geiger* (Berlin, 1992).
- «Zur Unterscheidung von Aktions- und Reaktionsnorm», en *Gesellschaftstheorie und Normentheorie,* ed. por Urs Fazis y Jachen C. Nett (Basel, 1993), pp. 123-149.
Habermas, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns,* 2 vols (Frankfurt: a. M., 1981),
- *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats* (Frankfurt a. M., 1992).
- «The European Nation State -Its Achievements and its Limitations. On the Past and Future of Sovereignty and Citizenship», en *Rule of Law. Political and Legal Systems in Transition,* ed. por Werner Krawietz, Enrico Pattaro y Alice Erh-Soon Tay (Berlin, 1997), pp. 109-122.
Herget, James E., «The Great German Influence on American Jurisprudence», *Rechtstheorie,* 25 (1994), pp. 43-55.
- *Contemporany German Legal Philosophy* (Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996).
Knecr, Georg, «Bestandscrhaltung und Reflexion. Zur kritischen Reformulierung gesclischafflicher Rationalität», en *Kritik der Theorie sozialer. Systeme,* ed. por Werner Krawietz y Michael Welker (Frankfurt a. M., 1992), pp. 86-112.
- «Beobachtung, Verstehen und Verständigung. Zur Reformulierung hermeneutischer Grundkonzepte in der Diskursanalyse und der Systemtheoric», en *Beobachtung verstehen, Verstelien beobachten,* ed. por Tilmann Sutter (Opladen, 1997), pp. 50-69.
Kneer, Georg y Nassehi, Armin, «Verstehen des Verstehens. Eine systemtheoretische Revision der Hermeneutik», *Zeitschrift für Soziologie,* 20 (1991), pp. 341-356.
Krawietz, Werner, *Recht als Regelnsystem* (Wiesbaden, 1984).
- «Rechtssystem als Institution? Über die Grundlagen von Helmut Scheiskys sinnkritischer Institutionentheoric». *Rechtstheorie*, Beiheft 6 (1984), pp. 209-243.
- «Die Normentheorie Helmut Schelskys als Form eines Neuen Institutionalismus im Rechtsdenken der Gegenwart», en *Helmut Schelsky -ein Soziologe in der Bundesrepublik,* ed. por Horst Baier (Stuttgart, 1986), pp. 114-148.
- «Paradigms, Positions and Prospects of Rationality. The Changing Foundations of Law in Institutional and Systems Theory», en *Samfunn, Rett, Rettferdighet. Festskrift til Torstein Eckhoffs 70-Årsdag,* ed. por Anders Bratholm y otros (Oslo: Tano, 1986), pp. 452-465.
- «Towards a New Institutionalism in Modern Legal Thinking. Facets of Rationality», en *Reason in Law,* ed. por Carla Faralli y Enrico Pattaro (Milano, 1987), I, pp. 313-325.

- «Legal Norms as Expectations? On Redefining the Concept of Law», en *Law; Morality, and Discursive Rationality*, ed. por Aulis Aarnio y Kaarlo Tuori (Helsinki, 1989), pp. 109- 140.
- «What Does it Mean "To Follow An Institutionalized Legal Rule "? On Rereading Wittgenstein and Max Weber», *Archiv für Rechts -und Sozialphilosophie*, Beffieft 40 (1991), pp. 7-14.
- «The Concept of Law Re-Visited. A New Approach to Theory and Sociology of Law», en *Laws and Rights*, ed. por Vincenzo Ferrari (Milano, 1991), pp. 155-170.
- «Moral versus Legal Responsibility? Different Motives and Models for Attributing Rights and Duties», en *Öffentliche oder private Moral? Vom Geltungsgrunde und der Legitimität des Rechts*, ed. por Werner Krawietz y Georg Henrik von Wright (Berlin, 1992), pp. 43-55.
- «Neue Sequenzierung der Theoricbildung und Kritik der allgemeinen Theorie sozialer Systeme», en *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, ed. por Werner Krawietz y Michael Welker (Frankfurt a. M., 1992), pp. 14-42.
- «Staatliches oder gesellschaftliches Recht? Systemabhängigkeiten normativer Strukturbildung im Funktionssystem Recht», ibid., pp. 247-301.
- «Taking Legal Systems Seriously: Legal Norms and Principles as Expectations», en *Sprache, Symbole und Symbolverwendungen in Ethnologie, Kulturanthropologie, Religion und Recht*, ed. por Wemer Krawietz, Leopold Pospisil y otros (Berlin, 1993), pp. 361-384.
- «Dual Concept of the Legal System? The Formal Character of Law from the Perspective of Institutional and Systems Theory», en *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modern Legal Systems*, ed. por Wemer Krawietz, Neil MacCormick y Georg Henrik von Wright (Berlin, 1994), pp. 43-53.
- «Professor Helmuth Schelsky (1912-1984)», en *Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Münster -Ein Porträt* (Münster, 1997), pp. 42-48.
- «Reasonableness versus Rationality of Law? On the Evolution of Theories in Jurisprudence», en *Justice, Morality and Society*, ed. por Aulis Aarnio y otros (Lund, 1997), pp. 221-245.
- «Assoziationen versus Staat? Normative Strukturelemente föderaler politischrechtlicher Gemeinschaftsbildung» *Rechtstheorie*, Beiheft 16 (1997), pp. 321-339.

Krawietz, Werner, Pospisil, Leopold y otros, eds., *Sprache, Symbole und Symbolverwendungen in Ethnologie, Kulturanthropologie, Religion und Recht* (Berlin, 1993).
- con Preyer, Gerhard, eds., *System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Kirgen Habermas* (Berlin, 1996).
- con Welker, Michael, eds., *Kritik der Theorie sozialer Systeme. Auseinandersetzungen mit Luhmanns Hauptwerk* (Frankfurt a. M., 1992).
- con Wróblewski, Jerzy, eds., *Sprache, Performanz und Ontologie des Rechts* (Berlin, 1993).

Luhmann, Niklas, *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie* (Frankfurt a. M., 1981).
- *Soziale SYsteme. Grundriß einer allgemeinen Theorie* (Frankfurt a. M., 1984).
- *Das Recht der Gesellschaft* (Frankfurt a. M., 1993).

- «Was ist Kommunikation?», in *Soziologische Aufklärung*, VI, *Die Soziologie und der Mensch* (Opladen, 1995), pp. 113-124.
- «Intersubjektivität oder Kommunikation: Unterschiedliche Ausgangspunkte soziologischer Theoriebildung», ibid., pp. 169- 188.

Luhmann, Niklas y De Giorgi, Raffaele, *Teoria della società* (Milano, 1992).

MacCormick, Neil y Weinberger, Ota, eds., *An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism* (Dordrecht- Boston, 1986).

Marquard, Odo, *Abschied vom Prinzipiellen* (Stuttgart, 1981).

Nassehi, Armin, «Wie wirklich sind Systeme? Zum ontologischen und epistemologischen Status von Luhmanns Theorie selbstreferentieller Systeme», en *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, ed. por Krawietz y Welker, pp. 43-70.
- «Kommunikation verstehen. Einige Überlegungen zur empirischen Anwendbarkeit einer systemtheoretisch informierten Hermeneutik», en *Beobachtung verstehen, Verstehen beobachten. Perspektiven einer konstruktivistischen Hermeneutik*, ed. por Tilmann Sutter (Opladen, 1997), pp. 134-163.

Opalek, Kazimierz, *Theorie der Direktiven und Normen* (Wien -New York, 1986).
- «Der Dualismus der Auffassung der Norm in der Rechtswissenschaft», *Rechtstheorie*, 20 (1989), pp. 433-447.
- «Unterschiedliche Normbegriffe: Theodor Geiger und analytische Normentheorie», en *Theodor Geiger Beiträge und Leben und Werk*, ed. por Siegfried Bachmann (Berlin, 1995), pp. 211-226.

Pawlik, Michael, *Die Reine Rechtslehre und die Rechtstheorie H. L. A. Harts. Ein kritischer Vergleich* (Berlin, 1993).

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität Münster, ed., *Recht und Institution. Helmut Schelsky-Gedächtnissymposion Münster* 1985, Münsterische Beiträge zur Rechtswissenschaft, 15 (Berlin, 1985).

Schelsky, Helmut, «Zur soziologischen Theorie der Institution», en *Zur Theorie der Institution*, ed. por el mismo (Düsseldorf, 1970), pp. 9-26.
- «Systemfunktionaler, anthropologischer und personfunktionaler Ansatz der Rechtssoziologie», en *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, 1 (1970), pp. 37-89.
- *Die Soziologen und das Recht. Abhandlungen und Vorträge zur Soziologie von Recht, Institution und Planung* (Opladen, 1980).

Schemann, Andreas, «Strukturelle Kopplung. Zur Festlegung und normativen Bindung offener Möglichkeiten sozialen Handelns», en *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, ed. por Krawietz y Welker (Frankfurt a. M., 1992), pp. 215-229.

Schneider, Ludwig, *Die Beobachtung von Kommunikation. Zur kommunikativen Konstruktion sozialen Handelns* (Opladen, 1994).

Teubner, Gunther, *Recht als autopoietisches System* (Frankfurt a. M., 1989).

Veddeler, Klaus, *Rechtsnorm und Rechtssystem in René Königs Normen- und Kulturtheorie,* Diss. iur. (Münster, 1998).

Weber-Grellet, Heinrich, *Rechtsphilosophie*, Ist ed. (Münster, 1997).

Weinberger, Ota, *Norm und Institution: Eine Einführung in die Theorie des Rechts* (Wien, 1988).
- *Alternative Handlungstheorie* (Wien, 1996).
- con Krawietz, Werner, eds., Helmut Schelsky als Soziologe und politischer Denker (Stuttgart, 1985).

- con Krawietz, Werner, eds., *Reine Rechtslehre im Spiegel ihrer Fortsetzzer und Kritiker* (Wien-New York, 1988).

Werner, Petra, «Soziale Systeme als Interaktion und Organisation. Zum begrifflichen Verhältnis von Institution, Norm und Handlung», en *Kritik der Theorie sozialer Systeme*, ed. por Krawietz y Welker (Frankfurt a. M., 1992), pp. 200-214.

- *Die Normentheorie Helmut Schelskys als Form eines Neuen Institutionalismus* (Berlin, 1995).

Wright, Georg Henrik von, *Wissenschaft und Vernunft* (Münster, 1988).

- *Normen, Werte und Handlungen* (Frankfurt a. M., 1994).

- «The Crisis of Social Science and the Withering Away of the Nation-State», As*sociations*, 1 (1997), pp. 49-51.

(trad. Daniel González Lagier)

SOBRE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

TEORIZACIÓN CONSTRUCTIVISTA COMO «FORMA DE VIDA» (SOBRE «REGLAS Y FORMAS» DEL DISCURSO JURÍDICO EN LOS TRIBUNALES INEXISTENTES)

> ... los conceptos viven su propia vida, y si no quieres arruinarte todas las posibilidades de ingresar en este reino, no preguntes jamás a nadie para qué sirve todo esto que acá ves.
>
> JHERING

I. Generalidades

En un estudio publicado no hace mucho en *Sistema* (Haba 1997a) tuve oportunidad de comentar la impronta del *wishful thinking* en la Teoría sobre lo social, especialmente la manera como ello toma cuerpo en las tesis metodológicas centrales de una moderna «Santa Familia» cuyos representantes más distinguidos son Rawls y Habermas[1]. También el presente artículo se refiere a ese tipo de pensamiento, pero aquí en relación particularmente con su intervención en la Teoría Básica del Derecho. En esta predominan actualmente las orientaciones de tipo *constructivista*. Ellas se caracterizan, en general, por destilar («construir») unos modelos de *racionalidad o razonabilidad* que serían -se piensa- los que guían, por lo menos tendencialmente, el pensamiento de los juristas[2].

Antes bien que ocuparse de examinar cómo los profesionales del derecho actúan en la práctica, empíricamente, a esos autores les interesa, por encima de todo, señalar unos coherentes esquemas de razonamiento que corresponden,

---

[1] El contenido del presente trabajo está tomado, en lo fundamental, de dos estudios míos mucho más extensos, que entre sí coinciden en buena parte: Haba 1996b y 1997b. De estos dos estudios, lo aquí recogido corresponde en cada caso al respectivo apartado VI, titulados: «Aufstieg zu einer neuen Region im juristischen Begriffshimmel (Diskurs über Vernunftwesenheiten)» y «Conversaciones sobre unas esencias metadogmáticas. Sanjurista en misión a las estrellas... ¡y más allá!».

[2] Es cierto que la corriente general denominada *constructivismo* admite numerosas variantes: cf. Nino (1989), esp. el punto 3 *in limine*, págs. 98-100. Por ejemplo, no dejan de existir sensibles diferencias entre Rawls y Habermas (cf. el mencionado estudio de Nino), y aun las hay, aunque menores, entre el segundo y Alexy. Pero aquí podemos hacer abstracción de tales diferencias, pues para los efectos de lo que se subraya en el presente artículo basta con considerar sobre todo lo siguiente: a los constructivistas les importa, más que nada, señalar características definitorias de ciertos discursos *ideales*, esto es, los propios de unos locutores esencialmente *racionales*, sea para la razón práctica en general o en particular para campos como la ética o el derecho.

o deberían corresponder, a las maneras como los juristas suelen presentar sus *discursos* en público. Se da por descontado que el pensamiento de estos ha de responder a tales estructuras justamente, o sea, que la práctica del discurso jurídico profesional (por lo menos el judicial) se ajustaría, en lo fundamental, al molde de unos locutores que piensan y resuelven las cosas de manera esencialmente *racional*. Por eso, en vez de investigar cómo actúan los juristas de carne y hueso, los autores constructivistas están obsesionados por poner sobre el tapete y discutir acerca de ciertas formas *ideales* de pensamiento para aquellos.

Así, inspirándose en homilías del Gran Maestre de la Orden Comunicativo-Universal de los Hablangelitos[3], vemos que un jurista alemán talentoso, el Profesor Robert Alexy de la Universidad de Kiel, escribió un libro (1989) que es, hasta donde tengo conocimiento, la mejor -y ya harto suficiente- versión fundamental de esa moderna Teoría del Derecho. Ahí él expone detalladamente, y sobre todo en forma mucho más precisa que su inspirador, Habermas, los modelos ideales de pensamiento que, a su juicio, subyacen (¿o sólo *debería* ser así?) a los discursos jurídicos profesionales. Su tesis central es:

> «La explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación mediante la adscripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que ella se plantea. [...] Las reglas y formas del discurso jurídico constituyen por ello un criterio de corrección para las decisiones jurídicas» (pág. 279).

En ese libro, el autor presenta un cuadro pormenorizado de estas «reglas y formas»[4], aquellas que él se imagina como intrínsecas a la argumentación jurídica. Eso sí, deja completamente fuera de órbita el asunto crucial: ¿qué influencia *efectiva* tiene tal modelo en las maneras como los juristas razonan *de hecho*?

Después de haber leído a Habermas, y hasta a Rawls, uno no puede menos que regocijarse de hallar, en cambio, un autor tan claro y neto en sus formulaciones como Alexy. ¡Pero esto no cambia la *cosa* misma! Y puesto que con él, a diferencia de Habermas, se puede saber bastante bien *qué* nos quiere decir, tanto más interesante resulta hacer ver *qué* es lo que no «pega» del modelo reglas/formas así elaborado. No he de abordar la celestial pregunta de si tales modos son «universales», por lo menos en parte (cosa que, siguiendo a Habermas, parece pensar también Alexy), sino que me concentraré en una cuestión más prosaica: ¿se acredita la pertinencia de ese

[3] En Haba (1997a), cf. esp. el comentario sobre Habermas, efectuado allí a partir de la pág. 116.
[4] Cf. págs. 184 y sigs. Y véase también el resumen que de esos modelos ofrece el autor en la Tabla ubicada al final de dicho libro: 283-287.

modelo en la realidad jurídica, particularmente en los discursos con que los juristas llevan adelante su actividad profesional *en la práctica*? ¿Las fundamentaciones que encontramos en la jurisprudencia y en la literatura especializada del derecho son, cuando menos en forma implícita, de veras *así*? Y sobre todo, ¿sucede que los casos más discutidos se deciden efectivamente de *tal* manera?

Si para contestar a esta pregunta no se entiende que basta con acudir a la fuerza de imaginación «pragmático-universal-trascendental» de algunos autores (Alexy 1989: 182-183, 305 y sigs.), entonces sería indispensable someter esas presuposiciones racionalistas a examen mediante pruebas obtenidas de muestras *empíricas*. Pero, ¿se ha preocupado alguien de efectuar *tales* investigaciones? La respuesta necesitaría ser afirmativa si las tesis en cuestión pretenden tener otra validez que la de constituir unas postulaciones dogmáticamente decretadas por esos autores (llamadas enseguida a cosechar, no menos apriorísticamente, la fe de quienes les basta con enterarse de que la cosa viene dicha en unos libros muy publicitados). Sin embargo, la referencia a estudios de *esa* naturaleza brilla por su ausencia en el libro de Alexy.

II. Investigaciones sobre el razonamiento de los juristas reales

Cualquier *práctico* del derecho (abogados, jueces, etc.) reconocerá, sin dificultad, que ni él mismo ni tampoco sus colegas se ciñen a la tabla de Alexy. Ni aun en forma subconsciente proceden ellos de semejante manera. Es verdad que en el pensamiento jurídico aparecen usadas ocasionalmente, a veces unas y a veces otras, también indicaciones que figuran entre las señaladas ahí. Pero el modelo de Alexy no tiene efectividad como ordenación de *conjunto* en las controversias jurídicas reales, si bien algunos de sus ingredientes puedan llegar a ser elegidos como *topoi* en ellas; y hasta en este último caso, no necesariamente resultan decisivos. Más todavía, ni siquiera es siempre reconocida, por alguna de las partes o aun por el juez, la pertinencia de invocar tales o cuales de esos «lugares» para decidir la controversia judicial presente.

Inclusive para Alemania, lugar donde sería de esperar que tuvieren aplicación (¡por lo menos allí!) las recetas de Alexy, está suficientemente probado que la realidad es otra. Lo han puesto de relieve conocidas investigaciones -ciertamente anteriores a la de Alexy, pero él no las menciona para nada- que fueron efectuadas y publicadas ahí mismo. Estos otros autores se han preocupado de escudriñar cómo pasan las cosas en discursos jurídicos reales, tanto en la doctrina como en los tribunales. Voy a señalar tres libros, en cada uno de los cuales el pensamiento de los juristas es examinado desde ángulos de análisis muy distintos de los utilizados por Alexy. En esos estudios,

a diferencia del tipo de aproximación que cultiva este último, lo que se describe no es el pensamiento de unos juristas ideales, sino la forma como se razona en la *práctica* del derecho. Y dichos libros tienen en común algo que, justamente, brilla por su ausencia en el de Alexy: exhiben gran abundancia de *pruebas* (empíricas) para apoyar sus conclusiones. Ellos se basan ante todo, no en opiniones de unos u otros teorizadores, sino en numerosas transcripciones de argumentos empleados *efectivamente* para resolver controversias jurídicas, formas de argumentar que son habituales en esta actividad.

En una monografía de B. Rüthers (1973), que ha tenido no escasa difusión (la 1ª ed. es de 1968, pero va por la cuarta: 1991), se pormenoriza, a la luz de gran cantidad de ejemplos, cómo durante el presente siglo hubo en Alemania nada menos que cinco (!!) formas *diferentes*, contradictorias entre sí, de entender cuáles son las respuestas del derecho alemán para asuntos muy importantes, pero basándose siempre en las *mismas* disposiciones positivas (estas se mantuvieron vigentes a lo largo de todo ese tiempo). Según como tales preceptos fueron interpretados en cada uno de dichos momentos históricos, de acuerdo con la respectiva ideología política dominante, se sostuvo entonces que la respuesta jurídica «correcta» era una determinada, si bien contraria a otras impuestas poco tiempo antes con base en los mismos preceptos positivos. ¡Esto por más que, cabría suponer, al aplicar cada uno de esos cinco sistemas jurídicos los jueces habrían tenido que (racionalidad «universal») fundamentarse en la «situación ideal de habla» en general (Habermas) y en la tabla de Alexy en especial![5].

El examen mencionado permite apreciar cómo todo esquema ideal acerca del pensamiento jurídico sale malparado en cuanto lo confrontamos con la realidad misma. Claro, se podría responder que en solo una de esas cinco etapas, precisamente la actual (¡qué casualidad!) se está ante un sistema de «verdadero» derecho, mientras que las otras, o por lo menos algunas de ellas, representan un derecho «pervertido» (tal sería el caso, notoriamente, de la etapa nacionalsocialista). La pertinencia del cuadro de Alexy podría defenderse diciendo que este no concierne, ni tiene por qué concernir, sino a sistemas de Derecho positivo suficientemente «evolucionados», como el alemán de la actualidad y en general los establecidos en países democráticos. No sé si Alexy sostiene algo por el estilo, mas no veo de qué otra manera podría tratar de hacer relativamente plausible la tesis de que su tabla corresponde, así sea de algún modo aproximado, a las formas de pensamiento dominantes en la *práctica* jurídica. Lo cierto es que, aun prescindiendo

[5] Sobre la manipulabilidad ideológica de la metodología jurídica, véase también otros estudios de Rüthers (esp. 1987 y 1989).

de la perspectiva histórica, lo que no es poco decir, las pruebas de que tal correspondencia es escasa son demasiado abrumadoras, como lo ponen nítidamente de manifiesto los otros dos libros (y no sólo ellos) que señalo a continuación.

En varios trabajos pertenecientes a W. Scheuerle[6] se analiza el discurso jurídico desde el ángulo de su peculiar «lógica» propia. El autor logra poner palmariamente de manifiesto que los juristas se sirven, con mucha frecuencia y en distintas áreas, de figuras de razonamiento cuya naturaleza es básicamente retórica. Abundan allí razonamientos jurídicos típicos donde se hace -y eso en forma habitual- justamente *todo lo contrario* de cuanto Alexy presupone con su tabla. Así en cuanto a lo siguiente (a cada uno de estos temas dedica Scheuerle un estudio en particular, ampliamente ilustrado con ejemplos del Derecho alemán): el problema de la distinción entre la cuestión de hecho y la de derecho, los argumentos de la «esencia», subsunciones finalistas, argumentos formalistas, «evidencias» jurídicas[7]. En todos estos respectos, no sale mejor parada la idealidad del pensamiento jurídico alemán de décadas recientes que en los exámenes históricos.

Un estudio llevado a cabo en ese país consiguió llegar aun a reductos más íntimos del pensamiento jurídico real, habitualmente inaccesibles a la discusión pública. Si para aquilatar la idealidad de los discursos de los juristas no bastara acaso con examinar, como se hace en los dos libros antes mencionados, cuanto se expresa a la luz del día, en las sentencias y en publicaciones de doctrina jurídica, por su parte dicha investigación logró tomar contacto directo con regiones discursivas del derecho que son todavía más básicas, si bien poco o nada manifiestas. El autor tuvo acceso a lo que los jueces *NO* dicen en los considerandos de las sentencias, pero sí dicen, y *hacen*, en sus deliberaciones no públicas, ahí donde DECIDEN los casos. Con ese apoyo *empírico*, en un libro de bolsillo que en su momento tuvo buena difusión, R. Lautmann (1972), quien es jurista y también sociólogo, expuso los resultados obtenidos mediante la técnica sociológica denominada «observación participante», por él practicada para examinar in vivo el razonamiento judicial. Analizó datos que consiguió recopilar DIRECTAMENTE como asesor judicial de dos tribunales alemanes, durante un año, al participar en las sesiones privadas donde los jueces habían procedido a resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción. Este libro consigue ofrecer, así, un estudio muy fuera de serie por su realismo (¡nada que ver con lo de Alexy!): se ciñe a elementos de observación inclaudicablemente *empíricos*,

---

[6] Dichos estudios forman parte de Scheuerle (1983).

[7] Para un examen en español de lo señalado por Scheuerle, puede verse Haba (1998a): § 32 (Figuras esencialistas en el razonamiento jurídico).

esto es, aprehendidos sin afeites racionalistas. Lautmann toma nada menos que 289 argumentos de boca de los jueces, sus opiniones recogidas hasta literalmente (en los protocolos anotados por él en esas oportunidades) aquellas creencias que resultaron ser precisamente las *decisivas* para estos jueces mismos. Y es con base en eso -¡no en unas tablas de razonamientos ideales!- como Lautmann elaboró, en dicha monografía, un cuidadoso cuadro analítico sobre qué clases de razonamientos deciden *realmente* las cuestiones de derecho, por parte de sus locutores profesionales. Cuadro que, de más está decirlo, no se parece ni poco ni mucho al de Alexy.

Lo cierto es que ni siquiera harían falta investigaciones tan escrupulosas como las de los libros mencionados, para negarle pertinencia jurídico-positiva a la tabla de Alexy. No se ve por qué hemos de creer que ella es acertada como *descripción* de estructuras reales del pensamiento jurídico -no digo como deseo o como unas meras pautas de valor- ya que, sin ir más lejos, el autor no llega a presentar NI UNA SOLA prueba empírica al respecto. Sus lectores buscarán en vano, allí, que él les señale *ejemplos* obtenidos de la *práctica* del derecho que permitan corroborar, acaso, la presencia de tales estructuras. A decir verdad, tampoco bastaría con mostrar *algunos* ejemplos en tal sentido, pero por lo menos sería algo: entonces podríamos enteramos de qué «cosas» -esto es, no solo de qué *conceptos*- se nos está hablando.

Por lo demás, aunque tales ejemplos existieran, sería menester acreditar que son lo suficientemente *generales* como para demostrar que esas estructuras no constituyen simplemente una posibilidad, entre tantas otras, a opción de los locutores jurídicos. Faltaría comprobar que eso representa unas formas *necesarias*, o cuando menos las más habituales, a que tales locutores someten sus propios razonamientos. Y para sostener esto último habría que demostrar asimismo uno de los dos órdenes de cosas siguientes: a) O bien, que casos como los indicados por Rüthers, Scheuerle y Lautmann han sido mal entendidos por estos; vale decir, que a pesar de las «apariencias» descritas por ellos, aquellas estructuras están realmente presentes y son decisivas de todos modos. b) O bien, que tales casos no existen (¿habrán sido inventados por dichos autores?) o que son muy excepcionales (a pesar del alto número de ejemplos recopilados en dichas publicaciones) o que los discursos jurídicos hoy en día han cambiado radicalmente (¿por qué y en qué?). Mas Alexy piensa, al parecer, que no necesita perder su tiempo en discutir cosas como esas. Le basta y le sobra con esgrimir una prueba mucho más concluyente: «¡créanlo, puesto que lo sabemos *nosotros*!» (firmado Habermas-Alexy).

Contemplando lo que dicen distintas teorías modernas sobre la fundamentación jurídica, así la de Alexy y otras, vemos que justamente de aquello

que constituye lo más decisivo NO se habla en esos estudios. Como señala Rüthers, en otro sitio:

> «La función de *política* jurídica de la aplicación del derecho es, en la teoría y en la práctica, ampliamente desconocida, rechazada o encubierta» (1987: 98).

Cuando la teoría del método jurídico hace abstracción, así, de las circunstancias políticas y en general de los objetivos sociales perseguidos por parte de los protagonistas mismos del derecho, fines que varían según los respectivos enclaves históricos, ella se queda en el vacío. Procediendo de ese modo, «no puede ser comprendida con sentido» [de realidad][8]. Le pasa entonces lo que tan bien ilustra el ejemplo de una construcción como la de Alexy: se ocupa, sí, de ciertas cosas que dicen los colegas... pero no de examinar las fundamentaciones jurídicas *reales*.

Semejantes aproximaciones constituyen, en definitiva, unas formas («racionales») de embellecimiento ideológico. Disimulan cuáles son los resortes mentales reales y los contenidos prácticos efectivos de las intervenciones discursivas que se ubican bajo la categoría derecho. En definitiva, están ahí para apoyar la pretensión de «santidad» vinculada con éste. Tales discursos cumplen, en el nivel pragmático, especialmente la función de favorecer las formas de vida de sus locutores profesionales y, en perspectiva general, las de los sectores sociales más beneficiados por el ordenamiento jurídico vigente.

III. Ascenso a un círculo flamante del cielo

He insistido en llamar la atención sobre el hecho de que tesis como las de Habermas y Alexy carecen de respaldo *empírico*. Ahora bien, ¿no será que una crítica de esta índole va descaminada? Más específicamente: que atento a los propósitos teoréticos del propio Alexy, ella yerra el objeto, no toca a lo que verdaderamente se propuso alcanzar ese autor. Pues bien, no creo cometer semejante error de apreciación. Cualquiera que sea el objetivo de Alexy con sus teorizaciones, una crítica *realista* -de eso se trata acá respecto a ellas sería irrelevante sólo en caso de que él estuviera dispuesto a reconocer lo siguiente: que ese «discurso racional» presentado como «fundamentación jurídica» -tales expresiones pertenecen al subtítulo de su obra- ha de ser entendido simplemente como un DESEO. O sea, admitir

[8] Rüthers (1987): 31. «La múltiple aplicabilidad ideológica y política de las figuras, conceptos e instrumentos de la teoría y metodología jurídicas constituye un importante factor de riesgo, hasta ahora poco tomado en cuenta, del trabajo del jurista en la ciencia y en la judicatura. La"multivalencia" y la potencial ideologización del instrumental jurídico ha de ser considerado como objeto necesario de la teoría jurídica y del análisis crítico» (Rüthers 1989: 223, tesis 5).

que todo eso reviste, en su libro, un sentido PURAMENTE *contra*-fáctico y, por tanto, no se pretende afirmar que ello tenga también sensibles EFECTOS en la *práctica*. Alexy vendría a decirnos, si tal manera de entenderlo fuese la correcta, simplemente que el modelo ofrecido representa una cosa *deseable*, por más que de hecho eso tenga escaso efecto en la propia práctica de los juristas.

Podría adoptarse tal perspectiva, desde luego, pero lo que Alexy mismo afirma es algo muy distinto. Él dice, por el contrario, que dicho tipo de «discurso» constituye, ni más ni menos, básicamente «*la forma de vida* MÁS GENERAL *de los hombres*»[9], aun cuando no siempre se lleve así a la práctica. Parece que Alexy, no menos que Rawls y los racionalistas en general, alienta el sueño siguiente, o en todo caso quiere impulsar en los lectores tal ilusión acorde con sus deseos (los de él mismo y también los de éstos):

> «... lo que has pensado, eso has querido, y lo que tú has querido, es realidad -pensamiento [racionalidad] y realidad [eficacia] son uno» (Jhering) [10].

Ahora bien, ¿cómo hacer plausible la tesis de que coinciden, o a lo menos que existe un estrecho parentesco entre, Razón «práctica» (racionalidad) y eficacia (realidad), especialmente en el derecho? Para los constructivistas, es sencillo. Basta con apartar la vista de los hechos ingratos, protegiéndola bajo el manto de etiquetas como «trascendental», «universal» o comoquiera guste llamársele a la cosa: limitémonos a discutir sobre ciertas cuestiones *verbales*... ¡y ya está! El asunto, en tales controversias, no es ponerse a examinar los procedimientos y fundamentaciones que se producen *efectivamente* en las actividades jurídicas, ¡Dios libre y guarde! ¿Para qué ocuparse de lo de Rüthers, lo de Scheuerle, lo de Lautmann...? Quienes participan en ese tipo específico de diálogos académicos se contentan con discurrir acerca de una (meta)*literatura* sobre fundamentaciones. Ello salta a la vista leyendo el Postfacio de nuestro autor, si uno no está de antemano inmunizado contra investigaciones que se ocupen de la realidad. En ese sitio, no menos Alexy que la generalidad de los contendores suyos a quienes allí se ofrece la palabra, aunque discuten no poco entre sí, siempre dejan afuera del «ring» el punto clave, a saber: si no será una cosa más bien engañadora entretenerse con semejantes escolasticismos. El juego consiste en dirimir detalles acerca de unas esencias conceptuales para los discursos prácticos, imaginándose que con ello se trae a la palestra -he ahí la trampa,

---

[9] Alexy (1989): 306 y 308, bastardilla mía (E.P.H.).

[10] Todas las citas de este autor, incluso la del epígrafe del presente estudio, proceden de la Parte III («En el cielo de los conceptos jurídicos») de su sensacional libro. He introducido algunos cambios en la traducción (1974), con el texto alemán a la vista; el pasaje aquí recogido corresponde a la pág. 283 y el epígrafe está en la pág. 294, de la versión española.

el efecto de ilusionismo- algo que resulte decisivo para la vida misma de la gente.

Contemplando las observaciones que formulan Alexy y sus compañeros de diálogos, vemos que tanto él mismo como la mayoría de sus críticos se mueven en un singular «cielo» propio, paralelo a ese que Jhering hace más de cien años supo caracterizar insuperablemente [*supra* nota 10]. Acá como allá reina una impoluta visión de esencias, aquel *mons idealis* que es la gracia propia del pensamiento orientado hacia lo «universal», el de quienes poseen el don de aprehender esas universalias en su inmarcesible luminosidad. El flamante círculo del cielo adonde Alexy arriba de la mano de Habermas está, eso sí, todavía un piso más arriba (*meta*dogmática) de aquel otro (la dogmática jurídica misma) del que se ocupó Jhering. Y vemos que las figuras principales ahora descubiertas, sus nombres y sus nobles características lucen un poco diferentes a lo del piso de abajo. Ya no se llaman «contrato», «obligación», «posesión», etc., sino «discurso», «comunicación», «racionalidad», «rectitud» (lo «correcto», *right*, *Richtigkeit*), etcétera.

No menos que en cuanto a aquellas figuras clásicas, también respecto a las iusesencias ahora detectadas es mucho lo que se discute, y también en cuanto a estas es cuestión de honor que la Tierra quede fuera del asunto. Entre estos autores se hace valer, como acuerdo básico implícito, que no es de buen tono mancillar la limpidez de tales controversias desviándolas hacia cuestiones demasiado prosaicas. En ese círculo superior del Cielo reina como divisa capital: ¡cuanto más irracionalmente pasen las cosas en la Tierra, tanto menos hay por qué hablar de ellas mismas! Unas esencias discursivas, no cuanto hagan o dejen de hacer las defectuosas criaturas terrenales (p. ej., las de Lautmann), han de ser motivo de nuestra preocupación como juristas. Porque:

> «-... Los conceptos [o las Reglas y Formas] que aquí tú ves, son, y con eso está todo dicho. Son verdades absolutas [trascendentales, universales, etc.], desde siempre han sido; y lo serán por los siglos de los siglos. [...] Lo único que tiene que hacer respecto de ellos un espíritu pensante es entregarse a ellos por completo y bucear en lo más hondo de su esencia para sacar a relucir y dar a conocer toda la riqueza de contenido que un concepto encierra. Lo que produzca por esa vía es verdad y tiene, como toda verdad, derecho a la validez absoluta.
> -En vuestro cielo, podrá ser. Pero en la Tierra...
> -¡No me vengas con tu Tierra!»[11].

IV. Del constructivismo como «forma de vida» académica

A determinada altura de su discusión, Alexy arriba a un punto donde asoma la posibilidad de lograr que el debate ya no siga girando simplemente

[11] Jhering (1974); en la versión española señalada, ese pasaje está en la pág. 323.

sobre cuáles sean las variantes semánticas que sean susceptibles de tolerar, según las preferencias de unos u otros autores, los usos lingüísticos con que nos encontramos para ciertas etiquetas prestigiosas: «discurso», «buenas razones», «rectitud», etc. Parece que será abordada, por fin, la cuestión de averiguar qué puedan tener que ver en realidad esas distintas formas de hablar con las actividades que conforman la *vida* misma de las gentes. Ese punto es alcanzado cuando nuestro autor se refiere a un comentario (de C. Braun), según el cual «la idea del discurso no tiene valor universal, sino que es únicamente la expresión de una determinada forma de vida, a saber, la del racionalismo europeo... En todo caso, serían igualmente admisibles en principio otras formas de vida» (pág. 305)[12]. A esto contesta Alexy recurriendo al *argumento pragmático-trascendental*, el cual

> «se apoya en dos premisas. La primera dice que aquel que efectúa afirmaciones y fundamentaciones se inserta necesariamente en un juego que se define a través de las reglas del discurso. La segunda dice que es necesario efectuar afirmaciones y fundamentaciones en el siguiente sentido: quien a lo largo de su vida no plantea ninguna afirmación seria y no da ninguna fundamentación sería, no toma parte en lo que podría llamarse la "forma de vida más general de los hombres"» (págs. 305-306).

No puedo detenerme aquí a analizar en detalle esas dos «premisas». Pero no es difícil advertir, hasta a primera vista, que para nuestro autor se trata, también en este asunto, de resolverlo mediante unas definiciones aprioristas, precisamente dichas premisas. Al fin de cuentas, Alexy no dice una sola palabra sobre tales formas de *vida* en sí *mismas*. Respecto a si hay constancias *empíricas* de que exista alguna relación práctica *efectiva* entre efectuar esas fijaciones terminológicas por él propuestas y conseguir efectivamente favorecer cierto género de *conductas reales*, tanto esas premisas como las inferencias que él saca de éstas no sirven para revelar ni mucho ni poco.

Contempladas con mirada laica, tales premisas no son otra cosa que cierta especie de axiomas conformados estipulativamente *a piacere* del autor; las cuales, por lo demás, tienen como eje unos conceptos bien vagos. Estos axiomas son introducidos ahí mediante ciertas expresiones que, si hubieran de entenderse en algún sentido *realista*, requieren no poca aclaración. Tendrían que ser objeto de muy cuidadosas diferenciaciones internas para precisar cuál sea tanto la intensión (*intentio*) como la extensión lingüísticas ahí consideradas.

En cuanto a la primera premisa, si bien es cierto que toda argumentación se inserta en unos juegos de lenguaje sometidos a ciertas reglas, éstas suelen

[12] Esta indicación de página y las siguientes corresponden a la versión española: Alexy (1989).

presentar dos características fundamentales: a) son reglas que tienen poco o nada de «universales», en la realidad; b) a menudo ellas mismas son objeto de interpretaciones oscilantes y hasta contradictorias, como es el caso de la argumentación jurídica. La agudeza de Wittgenstein, por contraposición a ilusionismos como esos en que caen los constructivistas, reside en haberse dado cuenta de que las reglas de los juegos de lenguaje suelen funcionar, justamente, de manera *no* racionalista. Y en tal respecto no son ninguna excepción, sino más bien lo contrario, los juegos discursivos -jurídicos u otros- con términos como «razón», «racionalidad», «rectitud», etc.

La segunda premisa -«quien a lo largo de su vida no plantea ninguna afirmación *seria* y no da ninguna fundamentación seria, *no toma parte* en lo que podría llamarse la "forma de vida *más general* de los hombres"» (bastardillas añadidas por mí, E.P.H.)- constituye una afirmación que no se ve cómo pueda ser defendida en planos realistas. Los énfasis que he marcado en ese pasaje indican puntos claves donde este axioma, que no es difícil reconocer como una «definición persuasiva» en el sentido de Ch. L. Stevenson, omite justamente las precisiones decisivas. ¿«Serio», pero según la opinión de *quién(es)*? Seguramente, no a juzgar por la opinión de unas gentes «no-serias»... ¿mas cómo saber quiénes son estas últimas y quienes son, al contrario, los auténticos «serios»? ¿A *quién(es)* se puede interrogar (¡y a quiénes no!) para saber si Fulano de Tal «toma parte» o no? Etcétera, etcétera.

Tal vez podría tener algún interés analizar aquí este Postfacio punto por punto, ya que es bien representativo de discusiones mantenidas en términos estrictamente siderales; pero eso me obligaría a extenderme demasiado. Hay allí no pocos nudos lingüísticos por desenredar, cada uno con desplazamientos de sentido e indistinciones propios. Detalles aparte, la marcha de los razonamientos de Alexy responde siempre, en el fondo, más o menos a la técnica argumentativa siguiente. **a)** Comienza introduciendo, para algunos términos eminentes, ciertas definiciones estipulativas: pero toda la gracia está en que no las presenta como eso que verdaderamente son, unas FIJACIONES *lingüísticas* -por tanto: convencionales, opcionales-, aquellas preferidas por el autor, sino como si se tratara de *comprobaciones* lisas y llanas: esto es, recurre al conocido expediente de inmunización de los esencialistas en general, pretende estar manejando unas definiciones *reales*. **b)** Por el sentido emotivo que va ligado a dichos términos, el sabor altamente encomiástico que por lo común llevan implícito, estos son apropiados para fungir asimismo como «definiciones persuasivas» (Stevenson), con lo cual se les confiere singular fuerza de *sugestión* para efectos argumentativos. **c)** Los significados que así él ha procedido a decretar, de inmediato pasa a utilizarlos como axiomas, o como conceptos-eje en la composición de éstos:

la prestidigitación de presentar como caracteres «universales» del discurso «racional» aquello que son, en verdad, unos juicios de valor y los procedimientos de SU preferencia. **d)** Una vez habiendo dado por presupuesto (mediante el decreto c) como evidentes los AXIOMAS así obtenidos, Alexy entiende que alcanza con sacar ciertas consecuencias circulares procedentes de estos mismos: contesta a sus adversarios «refutándolos» mediante unos argumentos sujetos simplemente a *su* racionalidad propia (¡la escogida por *él* mismo!), esto es, puramente deductivos (de aquellos axiomas), librándose así de la incomodidad de tener que ofrecer pruebas de naturaleza empírica. Al contentarse con argumentar en *ese* plano, esto es, el meramente INTERNO a unas definiciones de lo más ABSTRACTAS y elegidas *a su propio gusto*, con ello le basta para dar por suficientemente demostrado -estima él- que son insostenibles las opiniones de otros autores, aquellos que prefieran adoptar definiciones distintas. El debate se desarrolla, de punta a punta, con la atención puesta única y exclusivamente en ciertos juegos relativos al buen gusto para definir las barajas que mejor sirvan para no salirse de *ese* juego mismo.

El concepto clave «formas de vida», que podría servir para señalar hacia lo que resulta verdaderamente decisivo en la práctica, ahí aparece recogido de una manera *tal* que la discusión al respecto se vuelve completamente inofensiva. A dicha expresión se le quita todo su filo propio usándola como si se tratara simplemente de algo que concierne a «la *fundamentación* de las *reglas* del discurso» (pág. 305 -bastardillas mías, E.P.H.-). De ese modo, la demostración de Alexy puede conformarse con no abandonar jamás el plano de los significantes en su sola calidad de tales, las meras intensiones *lingüísticas*. Así sus explicaciones aparecen inmunizadas lo más firmemente posible contra saberes empíricos (¡formas de *vida*!): la discusión no queda autorizada a ocuparse más que de las egregias figuras del propio cielo discursivo

El conocido pensador británico S. Toulmin detectó bien el eje-motor del ilusionismo tipo Habermas-Alexy. Señaló, con toda razón, que eso que ellos hacen es

> «... algo así como poner el carro delante del caballo... el caballo es la comprensión de la naturaleza de la forma de vida, de la naturaleza del papel que el derecho desempeña en la vida social, y entonces uno puede entender el discurso y la argumentación jurídica como algo que funciona dentro de, y contribuye a, tales o cuales aspectos de la vida humana»[13].

Toulmin propone que la investigación sobre el derecho se dirija a hacer precisamente todo lo contrario de lo que preocupa a autores como Alexy:

[13] Atienza/ Jiménez R. (1993): 331.

> «cualquier análisis de la argumentación jurídica tiene que entender la naturaleza de esta argumentación sobre el trasfondo de un análisis de la PRÁCTICA jurídica, del papel del derecho en la vida social y todo ello. Con esto quiero decir que existe un trasfondo esencialmente sociológico, socio-histórico y cultural [cf. Rüthers], que para nosotros habría de constituir el terna de lo que cabría llamar un análisis de formas de vida; si es que se permite adoptar la expresión de Wittgenstein "*Lebensformanalyse*". Todo lo relacionado con ello habría de ser para nosotros MÁS FUNDAMENTAL que el análisis del discurso MISMO»[14].

Ahora bien, con todo lo acertadas que estas observaciones son, me parece, sin embargo, que si ha de tratarse justamente de efectuar un «análisis *de formas de vida*», entonces habría que considerar también un aspecto que Toulmin no menciona. Si la imagen a que éste acude puede ser prolongada aun, yo agregaría que, en los universos de Habermas y Flía., no solo sucede que el «carro» está fuera de lugar, sino que, por añadidura, las ruedas de ese carro son unos globos para días de fiesta, su carga es de papel pintado y resulta que ahí el «caballo» no aparece por ningún lado.

Si nos bajamos del carro de Alexy y pasamos al derecho positivo, del país que sea, hallamos que el discurso de sus locutores profesionales contiene, como dijo Radbruch, ni más ni menos que:

> «...una mezcolanza indisoluble de elementos teóricos y prácticos, cognitivos y creativos, reproductivos y productivos, científicos y supracientíficos, objetivos y subjetivos»[15].

Una gran *mezcolanza*, en efecto, de toda clase de cosas: racionales y *no*-racionales. Los estudios que se inspiran en aproximaciones tipo Rawls o Habermas, como el de Alexy, pierden de vista nada menos que *eso*. Se olvidan del «caballo». Parten del supuesto de que se encontrarán con una paloma, o algo por el estilo. Procuran hallar una racionalidad discursiva ahí donde, en la medida en que esta exista, en todo caso ella no puede ser más que *un* elemento «indisoluble» de la gran «mezcolanza». Uno que, como todos los demás, se presenta irrigado de punta a punta por lo no-racional que se abre camino también en ese campo[16]. Contemplar el pensamiento jurídico y la comunicación social en general como si se tratara de discursos esencialmente racionales, es más o menos como creer que la alimentación humana consta esencialmente de sal, y que por eso, cuando se conoce la composición química de la sal, ya se sabe también lo que cada persona es y qué comidas le caen bien.

---

[14] *Loc. cit.* en la nota anterior: 330-331 (énfasis mediante versalitas añadido por mí -E.P.H.-.).
[15] Radbruch (1970): § 15, pág. 211 (trad. mía -E.P.H,-.).
[16] Cf. tres estudios míos publicados en *Doxa*: Haba 1993, 1995 y 1996a.

En cuanto al discurso jurídico, importa distinguir entre dos planos del lenguaje y entre sus respectivas formas de vida. El primero es lo que se denomina, en general, el Derecho *positivo*; esta expresión la empleo en sentido amplio, vale decir, no solo para los textos oficiales reconocidos como tales (Constitución, leyes, etc.), sino abarcando también los discursos de sus intérpretes profesionales (abogados, jueces, autores de doctrina, etc.). El segundo plano se halla conformado, en cambio, por las elucidaciones *meta*dogmáticas sobre el pensamiento jurídico (Teoría *Básica* del Derecho) o acerca del razonamiento «práctico» en general, como esas que hallamos en el Postfacio de Alexy.

A cada uno de esos dos planos de formulaciones corresponden, respectivamente, sus formas de vida *propias*. Si no nos dejamos distraer por el hecho de que ciertos giros *lingüísticos* son comunes a ambos planos, vemos que subsiste una diferencia fundamental entre éstos. Habitualmente el primero tiene determinadas consecuencias sociales. El segundo, en cambio, carece por lo general de esas consecuencias -no digo que sea tal la intención de sus locutores, ¡pero así es en la práctica!-. En el plano metadogmático no se arriba a mucho más que a poner sobre la mesa unos juegos discursivos académicos. Así, la correspondiente forma de *vida* consiste nada más que en actividades de sus *propios* locutores (fuera de algunos efectos secundarios, como labores editoriales y de librerías, tareas de estudio encargadas a los estudiantes, etc.).

Las investigaciones tipo Rawls, Habermas, Alexy, etc., no tienen sino algún parentesco muy lejano, sobre todo el uso de dichos términos comunes, con los actos de lenguaje jurídicos en cuanto *formas de vida*. Pero claro que también las discusiones académicas, por ejemplo esas de que se ocupa el Postfacio de Alexy, son lenguaje; por tanto, también constituyen ellas mismas unas formas de *vida*. Ahora bien, ¿a cuáles formas de vida pertenecen tales conductas lingüísticas? Por cierto, no a aquellas que se expresan en el derecho positivo y que están entretejidas así en las actividades concretas usualmente comotivadas por éste. Pero entonces, ¿de *qué* «formas de vida» se trata?

Las formas de vida en su vinculación con el lenguaje se detectan al observar qué es lo que los locutores propiamente *hacen* en ocasión o como consecuencia de pronunciar unos discursos: qué correlatos fácticos son indisolubles, o por lo menos muy habituales, respecto de tales o cuales maneras de hablar. Esto es aplicable también a los discursos constructivistas. Sin embargo, no puede decirse que haya una forma de vida *específicamente* jurídico-«constructivista». Los teóricos constructivistas *hablan* un poco distinto, pero no *viven* de otras maneras que las comúnmente cultivadas por otros académicos. Las maneras específicas de discursear cultivadas por

aquéllos sirven para realizar ciertas formas de vida que se llevan adelante también por parte de otros locutores, mas estos últimos las realizan mediante discursos que no consisten en unos estudios de *meta*teoría del Derecho.

Análisis y discusiones como esos a que se dedican Rawls, Habermas, Alexy, etc., son usados esencialmente para dos *funciones de vida*: **a)** por un lado, le sirven personalmente a sus propios locutores profesionales; **b)** por el otro, contribuyen ideológicamente a encubrir[17] cómo funcionan el pensamiento y las actividades de los juristas en la práctica. Ahora bien, lo singular de los constructivistas jurídicos no son estas dos formas de vida en sí mismas, sino la circunstancia de utilizar, para realizarlas, semejantes *discursos* específicos (no digo que sea exactamente tal su objetivo consciente). Voy a explicarme.

a) En el manejo por parte de esos locutores especializados mismos, *esta* clase de discursos brinda una plataforma óptima para incontables aclaraciones y discusiones sobre ínfimos detalles. De esta manera resulta que prácticamente cualquier académico que trabaje en ese campo halla tela que cortar, tiene la posibilidad de agregar algo sobre eso (¡también yo!). Ello ofrece en cada caso un pretexto bonito para variadas especies de escritos (tesis doctorales, artículos en revistas especializadas, producción de libros), sesiones académicas, conferencias, lecciones magistrales, seminarios, viajes y muchas otras actividades relacionadas con todo eso... ¡de lo cual y para lo cual es que, justamente, «viven» los académicos! En cambio, tratar de efectuar unas exposiciones claras y realistas resulta bastante más difícil (para esto no basta con exhalar ciertas nubes de palabras). Para peor de males, los discursos realistas suelen ser mucho menos funcionales con vista a aquellos efectos de «vida», pues entonces queda demasiado a la vista si el autor tiene algo verdaderamente original, o por lo menos apropiado, que decir en cuanto al fondo mismo -cosa no tan cómodamente al alcance de cualquier profesor con ganas de escribir-.

b) Tales construcciones son habitualmente bienvenidas. Por lo menos no encuentran especial resistencia, pues al fin de cuentas no apuntan a nada que pueda resultarle «incómodo» a otros. Nada de ellas es como para provocar malestares en el auditorio, ni siquiera si se trata de gente (juristas profesionales o no) no especializada en esas jergas. Ahí nadie va a sentirse tocado en «su propia piel», pues las construcciones en cuestión, y tanto da si son unas u otras, se hallan formuladas de maneras tan abstractas que a ningún oyente pueden llegar a «dolerle», ni en relación con su propia actividad profesional ni respecto a sus convicciones ideológicas (... en todo caso, él se limitará a bostezar). Por añadidura, se trata en esencia de unas formas

[17] Véase las palabras de Rüthers transcritas poco antes de la nota 8, *supra*.

más del *wishful thinking*, postura que en general, no menos en el medio académico que fuera de él, suele acogerse con los brazos abiertos.

Ambos aspectos [*a* y *b*] como forma de vida no están, ya lo dije, exclusivamente reservados para constructivistas. Tal vez corresponde reconocer que eso pertenece, de manera común, a la «vida» de las disciplinas *científico*-jurídicas en general. Pero hay, de todos modos, una fundamental diferencia de «vida» entre las conductas lingüísticas jurídico-constructivistas y las de los profesionales del derecho en sus actividades habituales, sea como abogados, jueces, docentes del derecho positivo, etc. Estas actividades no se limitan únicamente, por lo común, a realizar aquellos dos aspectos como «vida»; ellas producen además *otras* manifestaciones de «vida», que indudablemente tienen muchos alcances prácticos. Las elucidaciones de derecho positivo tienen (por cierto, no todas) efectos muy palpables en el medio social. Tales elucidaciones, aunque ideológicamente coloreadas, de cualquier manera poseen dos características de *vida* que brillan por su ausencia en los discursos jurídico-constructivistas: i) sus consecuencias se producen en la *realidad*; ii) y sobre todo, estas consecuencias revisten *utilidades* en la práctica. Sea como sea, esto último (ii) es cierto cuando menos en parte: ¡nadie dirá en serio que sería preferible el estado de naturaleza de Hobbes! En cambio, las disertaciones constructivistas permanecen sin efectos propios en ese terreno justamente.

V. Conclusión: *wishful thinking* como Teoría del Derecho

La función de pensamiento-por-deseos ya señalada, típica de una aproximación como la de Alexy, por cierto no representa nada nuevo. Todos los intentos de ese estilo, por más diferentes que puedan ser unos de otros en variantes de sus respectivas novelas de racionalidad, ya sea contemporáneas o del pasado, en sustancia responden al mismo *leitmotiv* de base. Éste, tan existencialmente enraizado en las concepciones humanas sobre los caminos en el mundo, y los del Más Allá, siempre se abre paso nuevamente en el imaginario colectivo, tal y como ello se manifiesta en religiones y en el pensamiento político-social. Aparece, de maneras muy variadas, en grupos más amplios o más restringidos: así, también en cultos minoritarios o en sectores específicos de intelectuales. Responde a una inclinación humana básica, pocas veces superada, hacia la producción y receptividad de toda clase -según las preferencias de cada quien- de productos mentales emanados del *wishful thinking*. Tal tendencia se encuentra no menos expandida entre intelectuales que en el resto de la gente. Entre aquéllos, aunque muy relegada ya en las ciencias de la naturaleza, sigue teniendo singular fuerza para el pensamiento de los filósofos y de los científicos sociales. Ahí emerge bajo muy variadas vestimentas, en sus distintos campos. Así, para Habermas y

sus seguidores, las cuestiones sociales se van a acomodar con base en unos «discursos racionales», derivados de las especulaciones que él ha «construido» sobre ciertas esencias de los «actos de lenguaje»[18].

En la Teoría Básica del Derecho, pensamientos-por-deseos se abren paso en la inmensa mayoría de los estudios consagrados a ella, pues casi todos estos parten de precomprensiones racionalistas respecto a lo jurídico[19]. De ello constituye uno de los ejemplos más destacados el libro de Alexy justamente. No obstante, poco me quedaría por objetar a una investigación tan valiosa si su talentoso autor acepta, para la próxima edición, añadirle apenas una palabrita aclaratoria en el final del subtítulo. Éste daría ciertamente cuenta exacta sobre la naturaleza de esa obra si queda formulado así:

> «*La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica INEXISTENTE*».

[18] En Haba 1996b, 1997a y 1997b he explicado que Habermas, Rawls, Dworkin, Alexy y *tutti quanti* componen una moderna *Santa Familia*, análoga a aquella cuyas «ilusiones de la filosofía especulativa» (Pról. de esa obra) denunciaron Marx y Engels hace ciento cincuenta años. El apriorismo que caracteriza a aproximaciones por el estilo, y es eso lo que constituye básicamente el *penchant* propio del racionalismo en general, había sido advertido siglos atrás, con aquella implacable lucidez que le era propia, por Hume: «... el argumento *a priori* rara vez ha resultado muy convincente excepto para la gente de talento metafísico [se refiere a los cartesianos], que está acostumbrada al razonamiento abstracto y que al ver que en las matemáticas el entendimiento alcanza frecuentemente la verdad a través de la oscuridad y en contra de las primeras apariencias, ha transferido el mismo hábito de pensamiento a temas en los que no debe haber ningún lugar para él» (Hume 1974: 159). Ya lo dijo Spinoza: «No conciben a los hombres tal cual son, sino como ellos quisieran que fuesen» (Spinoza 1985: 141). [El caso-Dworkin, un miembro de esa Familia que -a pesar de hallarse muy por debajo de los antes nombrados en cuanto a conocimientos y sobre todo en el nivel teorético de sus escritos- disfruta (¡asombrosamente!) de gran nombradía internacional, lo he examinado con mayor detenimiento en Haba 1998b.]

[19] Más ampliamente me explico al respecto en mis estudios indicados en las notas 1 y 16, *supra*.

A P É N D I C E: UNA DISCUSIÓN

Sobre la «ética del discurso universal» (in vivo)

Como quedó señalado desde el principio de este trabajo, el examen aquí presentado constituye una especie de prolongación de la crítica expuesta en mi estudio sobre Habermas y otros, aparecido previamente en *Sistema* (Haba 1997a). Aquí he tratado de hacer ver que esa crítica es aplicable también, en general, a un tipo de análisis como el de Alexy (y otros) respecto al discurso jurídico. En aquel estudio comenté, en especial, la fantasía habermasiana de que existe algo así como una «ética del discurso *universal*». Para ilustrar esto último, a título de ejemplo llegué a citar allí (p. 120) cierto pasaje de un estudio perteneciente al profesor español José Enrique Rodríguez Ibáñez, donde tal idea -que éste comparte plenamente, según entendí- exhibe de modo muy llamativo todo su irrealismo. Claro que el objeto de mi trabajo no era estudiar la producción del Sr. Rodríguez Ibáñez (cuyo nombre ni siquiera aparece mencionado ahí en el texto central, sino apenas en un pie de página: nota 22, simple referencia bibliográfica). Lo que importaba era el pensamiento de su mentor mismo. Sin embargo, puedo comprender que dicho profesor se sintiera «tocado» por esa referencia mía, y tanto fue así que tuvo la amabilidad de dedicarme una *Réplica* (*Sistema* 138, mayo 1997, pp. 115-117). No me parece fuera de lugar comentarla precisamente aquí, a pesar del tiempo transcurrido, ya que el asunto puede tener cierto interés general, precisamente como ilustración de cómo funciona *en la práctica* la ética discursiva «universal» (el modelo de Alexy se remite básicamente a ella), una vez que los propios creyentes en eso se sienten involucrados *personalmente* en un asunto; vale decir, cuando se trata de «comunicación» *en la realidad*. Dicho en términos algo pretenciosos: creo que la Réplica en cuestión aporta sugerentes elementos de juicio sobre la *pragmática* de esta «ética» como tal.

Pues bien, el Sr. Rodríguez Ibáñez condesciende a cargar con la pena de ocuparse de «*un cierto* Enrique P. Haba», señalando que «la lectura *desapasionada* de tal aportación [dicho trabajo] constata que el tono admonitorio de la prosa empleada por Haba, en tosca paráfrasis del estilo del Marx juvenil, convierte al texto en un *simple panfleto* que nada tiene que ver con los modos y maneras de la ciencia social»; pues «la forma que emplea Haba se descalifica a sí misma por chabacana e improcedente... uno cree, en verdad, adentrarse por el túnel del tiempo hacia las *literaturas propias de regímenes totalitarios*...»; ese artículo no es merecedor, en definitiva, «de otra cosa que el afán de verlo merecida y pacientemente digerido por los ratones» (p. 115). Rodríguez Ibáñez se queja de que «Haba reproduce, sólo parcialmente, un párrafo de mi [su] artículo... manipula tipográficamente el

pasaje a su antojo, además de trufarlo de impertinentes apostillas. Con ello viola las más elementales normas del estilo del quehacer académico y, lo que es más importante, incurre en *falsedad*. Esta última es la única razón que me induce a contestarle, no sin fastidio» (p. 116 de la Réplica -los énfasis mediante bastardillas son todos míos, E.P.H.-).

Una vez ofrecida esta introducción a la ética del discurso universal y a la estilística no-totalitaria, el Sr. Rodríguez Ibáñez pasa, entre otras cosas, a transcribir (pp. 116 y 117) algunos pasajes adicionales del artículo suyo de donde tomé aquel pasaje. A su juicio, ellos demostrarían precisamente la mencionada «falsedad». Pero pienso que no es necesario reproducir aquí todo esto, ni tampoco haré otros extractos de cómo él trata de justificar su «desapasionada» lectura de mi texto; el lector no tendrá dificultad en consultar, si le interesa, los respectivos ejemplares de *Sistema* (Nos. 137 y 138). Eso sí, a diferencia de lo que mi crítico aconseja hacer respecto a dicho estudio mío (en perjuicio de la buena digestión de los ratones), por mi parte recomiendo enfáticamente, sobre todo a quienes conozcan mi texto mismo, que no dejen de leer asimismo la Réplica. [¡Y atención!: protegerla muy bien contra la codicia de aquellas manadas de ratones que tengan el buen gusto de preferir merendar con insumos *no* «totalitarios».]

Se me ocurre que el asunto puede tener más interés que dar pretexto a un intercambio de calificativos personales entre mi replicante y yo. Primero, como ya dije, porque si fuera verdad que aquel estudio mío es un «simple panfleto», etc., algo por el estilo cabrá pensar, se me ocurre, también sobre lo expuesto a lo largo del artículo presente. Pero sobre todo, considero que una Réplica así elaborada resulta especialmente ilustrativa respecto, justamente, a la puesta *en práctica* de esa «ética del discurso universal» con que sueñan autores como Habermas y Alexy, y en general quienes repiten sus leyendas. No está de más fijarse en cómo funciona tal «ética» en los hechos, precisamente cuando sus locutores están llamados a tomar parte en controversias *reales* -caso de mi contendor, en el asunto que nos concierne-.

No es demasiado difícil comprender por qué el Sr. Rodríguez Ibáñez ha reaccionado de la manera como lo hizo. Reconozco que dicho artículo mío no está escrito en un estilo neutro, por lo cual poco puede sorprenderme, y menos que menos molestarme, que dé lugar a una contestación tan «viva». De quienes suscriben oratorias a la *ética del discurso universal*, no es de esperar que vean con simpatía la manera -no muy eufemística, que digamos- en que me refiero a ellas. Es natural que no se sientan a sus anchas si, ante sus odas a esas mayestáticas universalias formuladas *ex cathedra*, uno se toma el atrevimiento de confrontarlas con -¡qué lástima!- las cosas que se hacen y las cosas que se piensan todos los días en nuestra civilización de televidentes. Pero lo interesante, aquí, es que la indignada reacción del Sr. Rodríguez

Ibáñez ilustra a las mil maravillas, mucho mejor de cuanto pudiera hacerlo cualquier comentario mío, cuál es *su* propia manera de darle *vida* al «discurso universal». Y ante tanta franqueza, por cierto «desapasionada», como la que en esa Réplica mi interlocutor despliega acerca de sus propias emociones, la cosa queda, en cuanto a esto último, suficientemente clara. Me doy por enterado de su sentimiento y lo comprendo.

Ahora bien, dejando de lado las faltas de coincidencia entre nuestras respectivas vidas emocionales, debo decir que, en cuanto al tema *mismo* planteado en mi artículo, en la Réplica no he logrado discernir otro argumento *de fondo* que el siguiente: mi agraviado señala que lo cité fragmentariamente (mi pág. 120) y que en su artículo él dijo también unas cuantas cosas más que yo no menciono. Tal comprobación es no menos cierta que bien obvia. Algo por el estilo resultara siempre exacto, en cierta medida, para prácticamente toda cita ajena incluida en un texto. Mas lo que verdaderamente importa, en cada caso, es calibrar para *qué* se efectúa la cita en cuestión. Ya lo dije: recogí esas afirmaciones del Sr. Rodríguez Ibáñez a título simplemente de ilustración, dado lo netas que resultan como testimonio de ciertas ideas puestas en circulación en el mercado académico por autores como los que él repite. De *esas* ideas, no del pensamiento integral del Sr. Ibáñez mismo, trataba mi artículo. Y en cuanto a que, fuera de lo citado por mí, él mismo debe de haber dicho unas cuantas cosas más... ¡no sé quién pueda haber deducido lo contrario a partir de mi transcripción! A esas otras cosas, sean las que fueren, yo no necesitaba referirme ahí, ya que el punto era únicamente aquello de *Habermas* con lo que el Sr. Rodríguez Ibáñez se manifestó de acuerdo en la cita de marras. No veo para qué precisaría haberme extendido en dar cuenta también de otras creencias ibañiles, sean o no sean contradictorias o complementarías del pasaje transcrito.

Naturalmente, no es imposible que yo hubiera, una de ésas, venido a truncar de modo fraudulento las palabras que recogí, Pues bien, ¿consigue mostrar *esto*, que es lo único susceptible de una discusión de tipo falso-o-verdadero, la Réplica? No lo creo. Porque: a) mis intercalaciones se encuentran claramente diferenciadas respecto al original -las «manipulaciones tipográficas» de que el Sr. Rodríguez Ibáñez tanto se plañe, están ahí para que precisamente cualquiera pueda darse cuenta, a las mil leguas, que tales agregados no le pertenecen a él mismo-; b) sea lo que fuere cuanto expone en el resto de su artículo (p. ej., unas cosas como las transcritas en su Réplica), la cuestión pertinente es si eso otro RECTIFICA de alguna manera lo que él mismo puso en la cita efectuada por mí. Sólo esta última cuestión propiamente, estaría en condiciones de acreditar, dado el caso, la *falsedad* de que la Réplica me acusa. Nada más que ESE punto es lo decisivo para aquilatar si con mi cita llegué a hacer «trampa» -¡o no!- en el plano *intelectual*.

(En el otro plano, el del repertorio disponible para verbalizar indignaciones personales, no tengo inconveniente en cederle la derecha a mi replicante.)

¿Quiere el Sr. Rodríguez Ibáñez decir que, precisamente en esas líneas que yo no transcribí, las que trae ahora a colación su Réplica, él habría RECTIFICADO su afirmación precedente, la citada por mí? Esta donde él escribió: «CONCUERDO [J.E.R.I.] con Habermas... [y] COMPARTO [J.E.R.I.] con Habermas» la tesis de que hoy estamos ante esa «racionalidad o conciencia universalista» que «apuntaría hacia una aceptación de la ciudadanía global... con arreglo a una «ética de discurso universal» (Habermas)» [énfasis míos, E.P.H.]. Si mi contradictor entiende haber hecho tal rectificación en su artículo mismo, o si se propuso efectuarla por medio de la Réplica, esto es, si viene a decirnos que donde dijo «concuerdo» y «comparto», debe entenderse «NO concuerdo» y «NO comparto», yo no tengo, por supuesto, ningún inconveniente en aceptar tal aclaración. Y también de felicitarlo por ella.

Empero, vistos los autores a los que mi agraviado repite, tampoco puede descartarse así no más otra posibilidad: la de que, también en cuanto a la lógica expositiva empleada por él mismo, éste se inspire precisamente en el molde-Habermas (si+no, pero no+sí: cf. pp. 119, 122 y sigs. de mi estudio). Y entonces, tal vez Rodríguez Ibáñez pueda encontrar saludablemente *dialéctico* sostener que «concuerda» con lo que NO «comparte», pero que, en cambio, «comparte» las ideas con las que NO «concuerda». Naturalmente, debo aceptar que mis facultades intelectuales personales, condenadas como están a ser apenas el pensamiento de «un cierto...», no dan para entender tanto. No me alcanzan, es cierto, para discernir en las ondas universales donde se mueven quienes tienen los dones que el Sr. Rodríguez Ibáñez pone de manifiesto en aquel artículo suyo, y acaso más netamente aún en su no menos ilustrativa Réplica.

Reconozco que ciertas libertades que llego a tomarme al exponer, comportan el riesgo de que un universalista, o simplemente cualquier lector poco cuidadoso, aparte la atención de la médula de los argumentos mismos en que me baso... (¡me parece que *algunos* llegué a ofrecer en dicho artículo, a pesar de todo!). Pero no es imposible, claro está, conformarse con desviar la controversia hacia lo que ahí son ciertos giros adjetivescos. Este riesgo lo corro con plena conciencia: entre la «aburrición» (así dicen en Costa Rica) de meter al lector en el chaleco de fuerza de mazacotes a la Rawls, Apel-Habermas, etc., y otra posibilidad, la de intentar ponerle un poco de «condimento» a la cosa para no hacerla tan desabrida del todo, me inclino hacia lo segundo -cargando, naturalmente, con las consecuencias del caso-.

Ciertamente hubiera preferido encontrarme con una Réplica que, por más «dura» que fuese, se ocupara sobre todo de contestar a mis *argumentos* de fondo: por ejemplo, examinar el análisis que presenté (pp. 118 y sigs.) sobre el texto mismo de Habermas. Por lo que se ve, no he tenido suerte en tal sentido. Me resigno, pues, a encarar un contradictor cuyo nivel es, ni más ni menos, que el puesto de manifiesto en su Réplica. Sin embargo, no pierdo la esperanza -¡es lo último que se pierde!- de que dichos argumentos hayan podido pasar también bajo los ojos de algunos lectores que, aunque silenciosos, accedan a examinarme críticamente con ayuda de recursos intelectuales un poco distintos que *esa* «ética del discurso universal»... Lo bueno es que la *práctica* de ella queda ahora accesible en forma ejemplar, digo yo, si uno se fija en los expedientes de argumentación desplegados por el Sr. Rodríguez Ibáñez en su Réplica. Y para quien se sienta lo bastante «universalista», no vacilo hasta en recomendársela muy especialmente. ¿Hará escuela en la «ciudadanía global»?

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY (1989): Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (trad. Manuel Atienza e Isabel Espejo); Madrid, Centro de Estudios Constitucionales (col. El Derecho y la Justicia, vol. 14), 1989, 346 pp. [orig. alem 1978; reed. en 1991, con un Postfacio que se incluyó anticipadamente en la versión española].

ATIENZA/ JIMÉNEZ R. (1993): Manuel Atienza y Manuel Jiménez Redondo, «Entrevista con Stephen E. Toulmin» (trad. Manuel Jiménez Redondo); *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 13, 1993, pp. 329-356, Universidad de Alicante.

HABA (1993): Enrique P. Haba, «Kirchmann sabía menos... ¡pero vio mejor! Vigencia de un antiguo diagnóstico, más algunas observaciones (que no son simpáticas) sobre la actual Teoría del Derecho»; *Doxa* 14, 1993, pp. 269-317. [De este estudio se publicó después una versión abreviada en francés: «Pas assez épistémologique... mais pourtant bien vu! Du manque de réalisme dans l'actuelle Théorie du Droit- et de ce que pourrait lui apprendre un juriste d'antan», *Archives de Philosophie du Droit* 42, 1997, pp. 101-116, Sirey, París.]

HABA (1995): Id., «Sobre el Derecho como "técnica" o "tecnología". Apostillas a una polémica sobre las posibilidades del discurso jurídico»; *Doxa* 17-18, 1995, pp. 491-498.

HABA (l996a:): Id., «Una discusión: ¿Quiénes son los "irracionalistas" en la Teoría del Derecho (Por qué algunos no confiamos en que sean tan "racionales", ni "razonables", los enfoques hoy dominantes en esa Teoría)»; *Doxa* 19, 1996, 385-402.

HABA (1996b): Id., «Standortbestimmung zeitgenössischer Rechtstheorie -Rawls, Dworkin, Habermas und andere Mitglieder der "Heiligen (Rede-)Familie"» [Emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea -Rawls, Dworkin,

Habermas y otros miembros de la «Sagrada (charla-)Familia»], en *System der Rechte, demokratischer Rechtsstaat und Diskurstheorie des Rechts nach Jürgen Habermas*, pp. 277-327; Habermas-Sonderheft (Eds. Werner Krawietz / Gerhard Preyer), *Rechtstheorie* vol. 27/3, 1996, Berlín, Duncker & Humblot, publ. 1998. [Título original de dicho estudio: Zum astronautischen Standort der heutigen Reclastheorie. Über Rawls, Habermas, Alexy und andere: Gegenwärtige Arten des akadernischen Wunschdenkens in ciner modernen «Heiligen (Rede-) Familie»; Sobre el astronáutico emplazamiento de la Teoría del Derecho contemporánea. Formas actuales del wishful thinking académico en una moderna «Santa (charla-) Familia»].

HABA (1997a): Id., «Variantes del pensamiento escapista en una moderna "Santa Familia": sobre Rawls, Habermas, etcétera (Acerca de la concepción "misionera" para las ciencias sociales)»; *Sistema* 137, marzo 1997, pp. 109-125, Madrid, Fundación Sistema. [En este estudio se halla comprendida sólo una pequeña parte, esp. el apartado V, de Haba 1996a.]

HABA (1997b): Id., *Semiótica ilusionista y semiótica desencantadora (Mitomanías de la Razón «constructivista»: ¿racionalidad de los juristas o racionalidad de los iusemióticos?)*; ponencia para el 13º Coloquio Internacional de la International Association for the Semiotics of Law, São Paulo (agosto de 1997), 97 pp. (inédito).

HABA (1998a): Id., *Metodología (realista) del Derecho. Una presentación*, 2 tomos; Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (en prensa).

HABA (1998b): Id., *Rehabilitación del no-saber como «novedosa» Teoría del Derecho: El* bluff *Dworkin*; manuscrito 55 pp., inédito.

HUME (1974): David Hume, *Historia natural de la religión. Diálogos sobre la religión natural* (Pról. Javier Sádaba; trad. Angel J. Cappelletti, Horacio López y Miguel Quintanilla); Salamanca, Sígueme, 1974 (1ª ed. ingl. 1757), 195 pp.

JHERING (1974): Rudolf von Jhering, *Bromas y veras en la Jurisprudencia. Un regalo de Navidad para los lectores de obras jurídicas* (trad Tomás A. Banzhaf); Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1974 (1ª ed. alem. 1884), 425pp.

LAUTMANN (1972): Rüdiger Lautmann, *Justiz -die stille Gewalt. Teilnehmende Beobachtung und entscheidungssoziologische Analyse* [La Justicia -forma callada de Poder. Observación participante y análisis sociológico sobre tomas de decisión]; Francfort, Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 4002), 1972, 207 pp.

NINO (1989): Carlos Santiago Nino, «Constructivismo epistemológico: entre Rawls y Habermas», *Doxa* 5, 1989, pp. 87-105.

RADBRUCH (1970): Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* (7ª ed., Ed. a cargo de Erik Wolf y con una Intr. biográfica de éste); Stuttgart, E. F. Koehler, 1970 (ed. or. 1932), 392 pp. [Hay versión española por José Medina Echavarría de la ed. de 1932 de dicha obra: *Filosofía del Derecho*, Revista de Derecho Privado, Madrid, varias eds.]

RÜTHERS (1973): Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* [La interpretación ilimitada. Sobre la transformación del ordenamiento de Derecho Privado en el Nacionalsocialismo];

Francfort, Fischer Athenäum Taschenbücher (FAT 6011), 1973 (1ª ed. 1968), 496 pp.
RÜTHERS (1987): Id., *Wir denken die Begriffe um... Weltanschauung als Auslegungsprinzip* [Nosotros repensamos los conceptos... Cosmovisión como principio interpretativo], Zurich, 1987.
RÜTHERS (1989): Id., *Entartetetes Recht. Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich* [Derecho desnaturalizado. Teorías del derecho y juristas de la corona en el Tercer Reich]; Munich, C. H. Beck, 1989, 230 pp.
SCHEUERLE (1983): Wilhelm Scheuerle, *Vierzehn Tugenden für vorzitzender Richter* [Catorce virtudes para Presidentes de Tribunales], Berlín, Duncker & Humblot, 1983.
SPINOZA (1985): Baruch Spinoza, *Tratado teológico-político (Selección). Tratado político* (trad. y estudio preliminar: Enrique Tierno Galván); Madrid, Tecnos, 1985 (or. latín 1670 y póstumo), 262 pp.

DOXA 21-I (1998)

SOBRE LA PRETENDIDA CORRECCIÓN DE LA PRETENSIÓN DE CORRECCIÓN

Es bien conocido que los escritos de H. L. A. Hart abrieron nuevas perspectivas desde las que afrontar el problema de las relaciones entre el derecho y la moral. Uno de los méritos indudables de su obra radica en su esfuerzo por dar respuesta a lo que él mismo calificó como «una tarea central de la filosofía del derecho», la de explicar la fuerza normativa de las proposiciones jurídicas (Hart, 1983, pág. 18). Planteaba así el problema de conciliar dos perspectivas necesarias para una descripción completa de la existencia y funcionamiento de un sistema jurídico. De una parte, la percepción del derecho como un conjunto de hechos sociales complejos permite a un observador dar cuenta de los mismos mediante juicios descriptivos valorativamente neutros. Por otro lado, la actitud de quienes recurren característicamente al lenguaje normativo para expresar su aceptación del derecho -o de sus normas constitucionales fundamentales- y ven en las reglas que lo integran una guía de sus propias acciones y un criterio para evaluar críticamente las acciones de los demás. Hart insiste en que si la forma ordinaria de describir el contenido del derecho es a través de proposiciones que recurren a un vocabulario normativo que incluye términos como «obligación», «deber», o «derecho», el problema de la normatividad del derecho consiste -al menos, en parte- en explicar este uso característico del lenguaje normativo sin abdicar de la tesis positivista de la separación conceptual entre el derecho y la moral (Hart, 1982, págs. 144-7).

Sin embargo, la conocida distinción hartiana parece haber desplegado una mayor fuerza a la hora de sustentar argumentaciones que, a propósito del concepto de derecho, niegan la tesis de la separación y afirman que existe una vinculación de tipo conceptual entre el derecho y la moral. La conexión entre derecho y moral suele así, paradójicamente, ser presentada como una consecuencia del modelo explicativo que Hart había propuesto acerca del concepto de derecho. En un iluminador trabajo, publicado recientemente,

Garzón Valdés (1996, págs.397-424) explora las posibilidades básicas concebibles por lo que respecta a la relación entre el derecho y la moral organizándolas de acuerdo con las mencionadas tesis de la separación y tesis de la vinculación. Entre las versiones más significativas que defienden la idea de la conexión conceptual figuran aquellas que conceden a la pretensión de corrección del derecho una relevancia esencial. Según Garzón, esta posición sostiene que «si se quiere dar cuenta del funcionamiento de un sistema de derecho positivo, no es posible ignorar pretensiones normativas morales que van más allá de la mera positivación jurídica de una moral positiva, ya que aspiran a ser correctas también desde la perspectiva de una moral crítica o ética» (1996, págs. 399-400). Bajo este planteamiento general, y reconociendo que parten de enfoques diferentes, Garzón Valdés se refiere tanto al argumento de la pretensión de corrección defendido por R. Alexy, como al argumento de la pretensión de legitimidad defendido por él mismo en este y otros escritos (1990, págs. 111-130). En general, la posición que agrupa estos puntos de vista, opina Garzón, puede entenderse que es complementaria de aquella otra que adopta como estrategia argumentativa una relación de equivalencia entre «punto de vista interno» y «punto de vista moral»: Dado que las razones para obedecer al derecho solo pueden ser prudenciales o morales, y puesto que el punto de vista externo representa el caso de quien adopta razones prudenciales, el punto de vista interno parece implicar una adhesión a las normas del derecho por razones morales. Si como se ha recordado al principio el punto de vista interno fue considerado por Hart como un elemento necesario a la correcta descripción del concepto de derecho, la tesis de la vinculación conceptual quedaría establecida al poder así afirmar, como hace Garzón, que «todo enunciado de existencia de un sistema jurídico positivo presupondría la existencia de un punto de vista moral» (1996, pág. 399). Desde un planteamiento de este tipo todo observador externo carecería de la posibilidad de identificar lo que es derecho si a su vez no admite la coincidencia de éste con las creencias morales de quienes son participantes comprometidos con el sistema. Ello no significa, sin embargo, que este observador externo no pueda tachar de errónea esa pretensión de legitimidad si su idea de lo correcto desde el punto de vista de la moral crítica o ideal no coincide con el contenido de aquellas creencias que, al menos, sustenta la parte oficial del sistema. Así, según Garzón Valdés: «Es obvio que sus "proposiciones morales internas" [las del observador] pueden no coincidir con las de quienes aceptan e imponen el sistema objeto de su consideración. Pero de aquí no se sigue sin más que necesariamente deba negar el carácter jurídico al sistema que considera. De la negación de la tesis de la neutralidad, no se sigue que no pueda calificarse a un sistema jurídico existente como inmoral» (1990, pág. 122).

En suma, la aceptación de la tesis de la vinculación conceptual es, desde la argumentación ahora brevemente descrita, necesaria para una correcta descripción del concepto de derecho. En lo que sigue voy a analizar algunos de los inconvenientes que, a mi juicio, aquejan a este tipo de propuestas. El argumento de la corrección puede ser abordado críticamente desde dos perspectivas: (i) la de su fundamentación. En el caso de Alexy, quien quizá representa el esfuerzo más notorio en esta dirección, se da una remisión clara a la ética discursiva tal como ésta es expuesta por Habermas. Creo que ello presenta inconvenientes y me referiré a algunos de ellos; (ii) la de su trivialidad; el argumento de la corrección, y así lo reconoce el propio Alexy, si bien puede mostrar una conexión conceptual entre el derecho y la moral puede ésta ser atacada por la vía de que su contenido es trivial y sus implicaciones morales prácticamente nulas. Sospecho que también este tipo de crítica puede ser acertada.

I

Los planteamientos a los que he aludido parecen compartir una misma idea: las diferentes denominaciones -pretensión de corrección, de legitimidad, de sinceridad por parte de las autoridades normativas- son expresiones equivalentes para dar cuenta del punto de vista interno. Quien lo adopta formula necesariamente una pretensión de corrección ética. El de *participante* se configura así como un concepto clave en la configuración de aquella perspectiva desde la que establecer una conexión conceptual entre el derecho y la moral. El marco conceptual que precisa la pretensión de corrección se completa, según Alexy con las nociones de *procedimiento* -«como sistema de procedimientos, el sistema jurídico es un sistema de acciones basadas en reglas y guiadas por ellas, mediante las cuales se crean, se justifican, se interpretan, se aplican y se coaccionan normas»-, e *ideal*, en tanto que se basa en el supuesto de que los ideales jurídicos se hallan incluídos en la realidad de un sistema jurídico. El no positivista que quiera demostrar la existencia de una conexión conceptual necesaria desde la perspectiva ahora aludida deberá, a juicio de Alexy, «mostrar cómo en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral» (1989, pág. 45). Las posibilidades teóricas de establecer tal vinculación entre el derecho y la moral son numerosas. Alexy limita la multiplicidad de tesis a la aceptación de dos requerimientos: (i), que la vinculación establecida revele una conexión conceptual necesaria; y (ii), que la noción de derecho empleada en la argumentación incluya el concepto de validez, lo cual supone la toma en consideración, a la hora de discutir el positivismo jurídico del contexto institucional de promulgación, aplicación y coacción del derecho.

El llamado por Alexy «argumento de la corrección» engloba las razones en favor de la tesis recién esbozada. La otra posibilidad que explora Alexy, y de la que no habré de ocuparme aquí, ofrece un marco de análisis delimitado por la noción de derecho entendido ahora como sistema de normas, contemplado por quien adopta la perspectiva del *observador*, y que trata de establecer una conexión *definitoria*, esto es, aquel tipo de vinculación conceptual entre el derecho y la moral por la que a una norma o a un sistema de normas que no satisfacen cierto criterio moral se les niega su carácter jurídico. Quien quiera argumentar en este sentido deberá demostrar que traspasado cierto umbral de injusticia las normas o sistemas de normas pierden su carácter jurídico. La conexión presuntamente establecida aquí sería, efectivamente, de carácter conceptual tal como se requería en el enunciado (i) expuesto más arriba, ya que la satisfacción del requerimiento moral se presenta como necesaria. Las razones en favor de esta tesis son englobadas en lo que Alexy, en referencia a Dreier, denomina «argumento de la injusticia».

La teoría de la corrección, sin embargo, puede poner de manifiesto bien una conexión de tipo *definitorio* -si los sistemas de normas no contienen ni explícita ni implícitamente esa pretensión de corrección no son sistemas jurídicos-, o bien un segundo tipo de conexión que Alexy denomina *calificativa* que se establece cuando una norma o sistema de normas que no satisfacen cierto criterio moral pueden ser considerados normas jurídicas o sistemas jurídicos aun cuando se pueda decir que son defectuosos por razones no sólo morales sino también conceptuales. Así puede decirse que un sistema jurídico que contiene una pretensión de corrección pero no la satisface es un sistema jurídico defectuoso. En relación a las normas individuales y las decisiones judiciales la conexión que viene a mostrar el argumento de la corrección es siempre *calificativa*; «éstas son jurídicamente defectuosas cuando no tienen, o no satisfacen, la pretensión de corrección» (Alexy, 1989, pág. 52). Como ha señalado E. Bulygin la conexión calificativa parece mostrar así un carácter meramente fáctico; si para su establecimiento no se requiere necesariamente la satisfacción del criterio moral que expresa la pretensión de corrección, entonces la conexión no es una conexión conceptual o analítica, sino sintética o fáctica (Bulygin, 1993, pág. 20). Lo cual no cumpliría la limitación prevista por Alexy en (i) acerca de la clase idónea de argumentos para establecer la vinculación entre el derecho y la moral.

La pretensión de corrección implica pretensión de justificación. En el caso de Alexy las exigencias de igualdad y universalidad que plantea toda pretensión de justificación provienen de la base de una ética procedimental que se construye sobre la idea de generalizabilidad (Alexy, 1989, pág. 55). Ésta es la ética discursiva, que en la versión de Habermas, versión que, como

es sabido, es la adoptada por Alexy, descansa sobre una fundamentación pragmático universal o pragmático trascendental. El nivel pragmático de la fundamentación radica en la pretensión de corrección de los actos de habla regulativos que se establece con el recurso a la teoría consensual de la verdad cuya fundamental consecuencia se traduce en la posibilidad de «equiparar proposiciones normativas y no normativas, en cuanto a su capacidad de verdad» (Alexy, 1978, pág. 113). Se produce así un desplazamiento del concepto de verdad desde el nivel de la semántica al de la pragmática que permite formular las proposiciones normativas en términos de verdad o falsedad y establecer un tratamiento simétrico entre la pretensión de validez (de verdad) de un acto de habla constatativo y la pretensión de validez (de corrección) de un acto de habla regulativo. El razonamiento correría de la siguiente forma: del mismo modo que una proposición descriptiva incorpora necesariamente una pretensión de verdad que convierte en contradictorio enunciados como el del ejemplo de Austin («el gato está sobre el felpudo pero yo no lo creo») también una proposición prescriptiva incorpora una pretensión de corrección cuya ausencia manifiesta un defecto que resulta relevante no solo en el plano moral. De forma que la pretensión de corrección, constitutivamente incorporada a los actos de habla regulativos, no solo representa una condición de éxito de éstos; también una condición del propio juego del lenguaje, de las reglas que están en la base de los actos de habla (Alexy, 1978, págs. 134, 318). La contradicción, de carácter performativo, se traduce así en la incompatibilidad entre lo que se prescribe a través de un acto de habla y las reglas que rigen tal acto de habla. Ello muestra que los participantes en un sistema jurídico, en los diferentes niveles, tienen necesariamente una pretensión de corrección. Pero que esta pretensión de corrección pueda llevar justificadamente al establecimiento de una conexión conceptual del derecho con la moral depende de lo que pueda aportar la teoría del discurso junto con la tesis del caso especial.

En términos parecidos se expresa Garzón Valdés para defender la vinculación conceptual del derecho con la moral y poder afirmar que las «autoridades y funcionarios se contradirían a ellos mismos si sostuvieran que la ética no juega ningún papel en el concepto de validez de las normas frente a las que adoptan un punto de vista interno» (1990, pág. 123), aun cuando falte en este caso una adhesión explícita a una fundamentación de tipo discursivo en cuyo centro gravita un concepto intersubjetivista de verdad que, como se ha señalado en el párrafo anterior, permite equiparar en cuanto a su capacidad de verdad, a proposiciones normativas y no normativas. Aun así, el defendido por Garzón no resulta en absoluto lejano a este tipo de planteamientos cuando se afirma, por ejemplo, que «con la pretensión de legitimidad sucede lo mismo que con la pretensión de verdad que sustenta

quien afirma creer en la verdad de una proposición descriptiva» (1990, pág. 121). En un trabajo reciente E. Bulygin ha objetado precisamente el concepto de verdad que parece desprenderse de la posición defendida por Ernesto Garzón. De acuerdo con Bulygin no es aceptable, al menos desde el concepto de verdad que maneja la teoría de la verdad como correspondencia, que diferentes puntos de vista, los adoptados en el caso que nos ocupa por observadores y participantes, puedan afectar el valor de verdad de un determinado enunciado. O dicho con otras palabras, que la proposición acerca de que la ética, o moral crítica no juega ningún papel en la definición del concepto de derecho (Garzón, 1996, págs. 123/4), pueda resultar verdadera o falsa en función de la perspectiva adoptada, punto de vista externo o interno, por quien formula el enunciado que la expresa. Si se acepta que el valor de verdad de una proposición viene determinado de manera objetiva, es decir por su correspondencia con la porción de realidad a la que se alude en la oración, entonces la actitud subjetiva de quien la enuncia nada tiene que ver en tal determinación. Si por el contrario, el valor de verdad no se hace depender del objeto referido, sino de los sujetos que formulan la oración, entonces probablemente se está recurriendo a un concepto de verdad distinto. Es lo que, según Bulygin, no queda claro en el planteamiento que defiende Garzón (E. Bulygin, 1998, págs. 217/18).

Tampoco parece diferir mucho de las posiciones anteriores la que parece defender Soper cuando afirma que «los sistemas jurídicos son caracterizados esencialmente por la creencia en el valor, por la pretensión de buena fe de aquellos que formulan las normas de que lo hacen en interés de todos» (1984, pág. 95), si bien al hacer depender la validez de la norma de una determinada actitud o intención de la autoridad que la emite -la sincera creencia en su justicia o en su contribución al bien común- no precisa sustentarse en una metaética cognoscitivista. Hablar de pretensión de corrección sí requiere a mi juicio, en cambio, el apoyo de una posición metaética descriptivista.

La teoría ética de Alexy es la teoría del discurso. El núcleo de su argumentación puede ser glosado a partir de dos principios (E. Hilgendorf, 1995, pág. 184): (i) las cuestiones morales deben encontrar solución por medio de discusiones abiertas (discursos) a todos los concernidos, lo cual abre la posibilidad de que los participantes se esfuercen en alcanzar un acuerdo, y (ii), el contenido de (i) no es un mero postulado, sino que puede ser calificado de correcto en el sentido de una ética cognoscitiva. En su aplicación al derecho, sin embargo, la teoría del discurso suele ser presentada como una teoría procesal de la argumentación jurídica de acuerdo con la cual un enunciado normativo N es correcto si y solo si puede ser el resultado de un procedimiento P tal como éste es definido por las reglas del discurso.

O lo que es lo mismo, como la expresión de una tesis de ética normativa que pretende guiar nuestras conductas de acuerdo con un procedimiento discursivo que garantiza una situación ideal de habla. La concepción ético discursiva diferencia, sin embargo, las normas que deben ser objeto de discusión y fundamentación de acuerdo con un procedimiento definido por las reglas del discurso, y las propias reglas del discurso que no pueden ser cuestionadas porque subyacen a la estructura del lenguaje y expresan de este modo la existencia de una moral correcta enraizada en nuestro propio lenguaje. Quien argumenta negando validez a las reglas que disciplinan el discurso incurre necesariamente en una contradicción que los defensores de la teoría califican de performativa (Alexy, 1978, pág. 313).

Sin embargo, la cuestión acerca de si una concepción pragmático trascendental suministra un fundamento último o un criterio de corrección objetivo a las reglas del discurso parece de difícil solución a la vista de lo que en esta dirección aportan tanto Habermas como Alexy. Creo que una respuesta insuficiente, como a mi juicio es la que se ofrece, convierte en insuficiente al argumento de la pretensión de corrección en orden a mostrar tanto una vinculación de la racionalidad jurídica con la teoría del discurso (tesis del caso especial) como un nexo conceptual entre el derecho y la moral.

En orden a mostrar la validez universal de las reglas de la argumentación, Alexy recurre a una versión débil del modo pragmático trascendental de fundamentación. Las diferencias respecto de Habermas pueden establecerse con cierta claridad si tomamos en cuenta su tesis principal acerca de que todo hablante une a sus manifestaciones las pretensiones de inteligibilidad, veracidad, corrección, y verdad. Y que quien emite un juicio de valor o de deber plantea necesariamente una pretensión de corrección, es decir, pretende que su afirmación es fundamentable racionalmente y susceptible, por tanto, de ser objeto de un consenso logrado gracias a una argumentación que se desarrolla bajo condiciones determinadas. Estas condiciones son constitutivas de toda práctica argumentativa; la renuncia a estos presupuestos priva a la argumentación de todo sentido ya que incurrimos en una contradicción pragmática. El proceso de fundamentación de los presupuestos de la argumentación acaba aquí. No hay alternativa: abstenerse de toda argumentación es autodestructivo, ya que nos introduce necesariamente en una suerte de existencial callejón sin salida (Habermas, 1983, pág. 128).

De acuerdo con lo anterior puede establecerse que el fin o *telos* del lenguaje es el entendimiento («*Verständigung*»), es decir, «el proceso de consecución de un acuerdo sobre la base *presupuesta* de pretensiones de validez reconocidas en común» (Habermas, 1976, pág. 301). En cuanto praxis universal que se halla en la base de todo comportamiento humano no hay posibilidad de ignorar esta finalidad propia del lenguaje. La concepción

pragmático universal nos asegura que aun quien no estuviera interesado en hacerse entender, en el sentido habermasiano del término, porque introdujera en el lenguaje que emplea el engaño o cualquier otra distorsión de los presupuestos discursivos no desmiente con ello este fin inherente al lenguaje.

En el caso de Habermas la fundamentación pragmática es universal, esto es, *a posteriori*, porque recurre a la constatación empírica de la universalidad de la pretensión de corrección en los actos de habla regulativos a través de ciencias reconstructivas. En el caso del derecho se trata de que la racionalidad procedimental asegure, en palabras del filósofo alemán, «un momento de incondicionalidad y una estructura sustraída a ataques contingentes» (Habermas, 1988, pág. 37) ¿Cómo es posible esto? Si interpreto correctamente, el razonamiento requiere la defensa de un tipo de saber intuitivo, o preteórico, como lo denomina Habermas, que asistiría a toda persona en cuanto sujeto discursivamente capaz. En su trabajo titulado «*¿Qué significa pragmática universal?*» se nos ofrece una explicación de la tarea del intérprete a la hora de reconstruir el significado de una expresión. El objeto de la llamada comprensión reconstructiva no es ya el contenido de lo que un sujeto en una determinada situación haya podido querer decir, sino «la conciencia intuitiva de regla» («*Regelbewusstsein*») que un hablante competente tiene de su lengua. El autor de una emisión lingüística, en la medida en que su emisión es una emisión inteligible, la produce conforme a determinadas reglas y en virtud de determinadas estructuras, es decir, «(d)omina el sistema de reglas de su lengua y sabe cómo aplicarlo específicamente en cada contexto, tiene de ese sistema de reglas un **saber preteórico** que le permite en todo caso hacer la emisión o manifestación de que se trata». El intérprete, por su parte, que no solamente comparte esa conciencia intuitiva de regla en cuanto hablante competente, sino que quiere entenderlo, tiene que reconstruir aquello en un saber explícito poniendo al descubierto las reglas conforme a las cuales ha sido producido (1976, págs. 310-11).

Si bien desde la filosofía del lenguaje se ha negado, en ocasiones, sentido alguno a la idea de un saber preteórico presupuesto a los actos de habla (vid. a este respecto, por ejemplo, la crítica de Y. Bar-Hillel, 1973, págs. 78), en el contexto de la pragmática universal de Habermas alude a un tipo de conocimiento de imposible fundamentación. Los intentos de reconstruirlo y formular un cuerpo de reglas que rijan un discurso con pretensión de validez son falibles. El argumento trascendental muestra así su debilidad ya que no parece capaz de suministrar una fundarnentación última infalible y solo afirma la falibilidad de una reconstrucción de la capacidad normativa de los presupuestos de la argumentación (Alexy, 1995, pág. 132). Según

Habermas debe ser lo suficientemente fuerte, sin embargo, como para fundamentar la pretensión de validez universal de una moral procedimental.

A juicio de Alexy esto es una estimación exagerada del argumento trascendental en el ámbito de la filosofía práctica. Alexy adopta la tesis de la pretensión de corrección como presupuesto pragmático trascendental pero ofrece acerca de la misma una versión débil. En el *Postfacio* a la edición en castellano de la «*Teoría de la argumentación jurídica*» reconoce que la posibilidad de éxito del argumento pragmático trascendental depende de su complemento con una premisa empírica: «la de que existe un número tan elevado de personas que tienen un interés en llevar a cabo el discurso no estratégicamente, que para aquellos que quieren dirigirlo estratégicamente merece la pena actuar como si para ellos las reglas del discurso valieran también subjetivamente» (Alexy, 1978, págs. 308-9). La combinación de los argumentos trascendental y empírico encuentran un mayor grado de explicitación en su trabajo «*Teoría del discurso y derechos humanos*», único de los compilados en el libro «*Derecho, razón, discurso*» («Recht, Vernunft, Diskurs», 1995, págs. 127-64) que no había sido publicado anteriormente. Alexy se plantea en esta sede la posibilidad de fundamentar los derechos humanos desde la ética discursiva. A este fin ensaya en primer lugar una fundamentación de las reglas del discurso. El siguiente paso ha de consistir en justificar los derechos humanos sobre esta base. En lo que sigue me voy a fijar solo en los argumentos esgrimidos en tomo a la primera tentativa.

II

La tesis que defiende Alexy se asienta sobre tres pilares:

(a) El argumento trascendental, núcleo del razonamiento de fundamentación y que determina el carácter universal. Éste muestra su debilidad no solo por la falibilidad a la que alude Habermas, sino también porque presenta una validez limitada a los discursos ideales.

(b) El remedio a tal debilidad requiere cerrar el argumento trascendental con la premisa empírica de la maximización individual de la utilidad, tal como aparece expresada en la cita recogida más arriba. En esta vinculación de las tesis kantiana y hobbesiana, Alexy considera predominante a la primera sobre la segunda.

© La combinación de las dos tesis referidas solo es posible si concebimos de una determinada manera a los sujetos interesados en la corrección. Sólo bajo la aceptación de esta segunda premisa empírica de carácter antropológico podemos confiar, según Alexy, en que un maximizador puro pueda considerarse vinculado por el resultado del modo trascendental de fundamentación.

Me centraré a continuación en el contenido de (a) y sólo tomaré en consideración alguno de los argumentos que parece sugerir (b) a la luz de la conexión que © establece entre (a) y (b). A modo de conclusión, adelanto ahora que la propuesta de fundamentación que defiende Alexy no parece que subsane las debilidades que afectaban al planteamiento de Habermas, y que, en consecuencia, la validez de las reglas del discurso no se asiente en el conocimiento práctico sino que dependa en buena medida de la libre decisión de los participantes en ese discurso (vid. en este mismo sentido, P. Gril, 1997, págs. 206 y ss.).

En relación al argumento trascendental la interpretación de Alexy consiste básicamente en abrir el existencial callejón sin salida en el que ubicaba Habermas a todo aquel que renunciara a la práctica argumentativa y a la acción encaminada al mutuo entendimiento y al acuerdo. El negro horizonte de la esquizofrenia, y la autodestrucción o el suicidio es dulcificado por medio de la tesis siguiente: Quien a lo largo de su vida no plantea ninguna afirmación y no ofrece ninguna fundamentación no participa de la forma de vida más general al ser humano (Alexy, 1995, pág. 139; en un sentido muy parecido, 1978, pág. 306). Ha de entenderse aquí por «afirmación» aquella que se formula con una pretensión de verdad o corrección, que esta pretensión de verdad o corrección implica una pretensión de fundamentabilidad, y que ésta pretensión de fundamentabilidad implica a su vez un deber *prima facie* de fundamentar cuando se es requerido a ello. La emisión de una afirmación significa así entrar en el campo de la argumentación y el compromiso con las reglas del discurso que expresan el ideal liberal de autonomía y universalidad.

Interesa aquí, sin embargo, dilucidar dos cuestiones, asociadas al argumento trascendental planteado en la tesis (a): (a') en qué sentido puede resultar necesario plantear afirmaciones; y (a") en qué sentido cabe entender que las reglas del discurso especifican condiciones de posibilidad para el entendimiento y el acuerdo, y se muestran constitutivas del significado que atribuimos a la noción de «afirmación».

(a') Respecto de la primera cuestión apuntada ahora, Alexy pretende mostrar cómo la aceptación del postulado universalista del argumento trascendental no es inevitable. A lo que signifique «participar de la forma de vida más general al ser humano» no hay por qué asociar un deber de argumentar en todo caso y frente a cualquiera; quien, por ejemplo, detenta fuerza o poder puede reclamar el cumplimiento de aquello que exige y no justificar su demanda frente a quien o quienes están en una posición de debilidad. Probablemente sí tenga que hacerlo, sin embargo, frente a sus socios o allegados. Con ello ya podemos considerar que participa de esa forma de vida consustancial al ser humano. La flexibilización del argumento trascendental

elige así un punto medio entre dos extremos: abandona la premisa acerca de que el acuerdo basado en el entendimiento sea la finalidad propia de todo discurso y rechaza a su vez la ausencia de alternativas que Habermas afirmaba respecto de la práctica argumentativa. De acuerdo con Alexy lo que se requiere es que ésta surja frente a alguien y en alguna situación o contexto posible (1995, pág. 140). Lo que queda del argumento trascendental después de debilitarlo de esta forma es todavía, altamente significativo: todo sujeto tiene una capacidad para formular afirmaciones, cuestionarlas y justificarlas y lo que se requiere es el desenvolvimiento de esta capacidad en alguna relación o situación imaginable, es decir, el apoyo de una *praxis* mínima.

Lo que resulta de una tal reformulación no parece que pueda satisfacer los requerimientos de una fundamentación trascendental. Como se ha dicho, la propuesta se construye sobre el presupuesto de una capacidad para la práctica argumentativa cuyo ejercicio mínimo (de tiempo en tiempo y respecto de algunas personas) se corresponde con una forma de vida común o general a los seres humanos. Así planteado ello implica que, de la misma manera, los individuos cuentan con una capacidad similar para practicar también de vez en vez y en el contexto de ciertas relaciones el engaño, la manipulación, la coacción, etc. El reconocimiento explícito de que este tipo de prácticas están instaladas de hecho en los actos de habla y que, en consecuencia, el sujeto cuenta con dos tipos de capacidad a la hora de construir su discurso, una orientada al entendimiento y al acuerdo y la otra no, requiere, si lo que se lo que se defiende es que solo la primera de ellas se corresponde con una cierta forma de vida que le es propia, la formulación de una tesis normativa adicional: que la finalidad, la idea de *telos* referida al lenguaje ha de consistir en la búsqueda del entendimiento y el acuerdo. Mientras esto no se produzca no parece posible desentrañar en qué específico sentido pueda aparecer como algo necesario efectuar afirmaciones y fundamentarlas. Ahora bien, planteada en estos términos, da la impresión de que lo que se nos ofrece es una fundamentación puramente empírica de las reglas del discurso expresada a través de una regla que establece una relación medio-fin. El discurso de la teoría del discurso podría así enunciarse por medio de una suerte de regla técnica: sólo quienes estén interesados en la consecución de un acuerdo que pueda ser aceptado como el resultado de un proceso de entendimiento, es decir sólo quienes estén interesados en la corrección, deben respetar las reglas del discurso (P. Gril, 1997, págs. 210-11). El cumplimiento de éstas es algo que pertenece, por tanto, al ámbito de lo que el sujeto puede *decidir*. Y su decisión vendrá determinada por la valoración que lleve a cabo entre los fines alternativos a los que puede encaminar sus actos de habla, ya que no parece que pueda defenderse satisfactoriamente

la idea de que es el propio lenguaje, sino una determinada forma del lenguaje, la que podría servir de fundamento a una ética discursiva.

Por otra parte tampoco está exento de problemas el sentido que, en el presente contexto, debamos atribuir a la idea de «forma de vida más general al ser humano». Bajo la noción de «forma de vida», Wittgenstein, entendió una praxis común a la vida humana, que constituye la base de los diversos juegos del lenguaje, y que se caracteriza por determinadas reglas y convicciones fundamentales. Esta idea, como es sabido, juega un papel clave a la hora de comprender el punto de vista moral que parece incluir la filosofía wittgensteniana. La expresión de juicios de valor, las elecciones éticas, al igual que todo juego del lenguaje está basado en la acción, es decir, en actos que por hallarse ligados exclusivamente a nuestra forma de vida estarían, en última instancia injustificados. Solo en el marco de las reglas que definen una forma de vida, cualesquiera que éstas sean, pueden encontrar justificación nuestros juicios de valor pero no hay nada externo, ninguna pauta o medida, con arreglo a la cual y de una vez para siempre, podamos evaluar aquellos. El juego ofrece pautas de justificación, pero el juego mismo no puede ser justificado: «Si he agotado las justificaciones he alcanzado el lecho de rocas y mi azada se rompe. En tal caso me siento inclinado a decir: "Esto es simplemente lo que hago"» (Wittgenstein, 1953, par. 217). De ahí que resulte imposible todo intento de contar con una justificación racional entre formas de vida. Quien pretenda atraer a otro a su posición podrá recurrir a la persuasión, no a la fundamentación: «Lo que ha de ser admitido, lo dado, son -se podría decir- las *formas de vida*» (1953, par. 226).

Desde luego no es éste el concepto de forma de vida que maneja Alexy. Si se considera que hay distintas formas de vida humana y se acepta la tesis de qué éstas no pueden ser fundamentadas ni criticadas, se está obligado a abandonar la idea de la universabilidad del discurso moral (Alexy, 1978, pág. 68). Esta constatación le lleva a dotar de un sentido radicalmente diferente a la wittgensteniana noción de forma de vida. Tanto en la «*Teoría de la argumentación jurídica*», como en el ensayo «*Teoría del discurso y derechos humanos*», Alexy reconoce que la expresión «*forma de vida más general al ser humano*» no pretende ocultar el hecho de que existen formas de vida concretas radicalmente diferentes. Sí pretende expresar, sin embargo, que esas formas de vida contienen necesariamente universales de la teoría de la argumentación que pueden ser expresados por medio de las reglas del discurso. Y aunque se dé la circunstancia de que ofrezcan poco apoyo debido, sugiere Alexy, a la existencia de tabúes, tradiciones, terror o manipulación que puedan darse en la realidad, aquellos universales sólo desaparecerían del todo si los miembros de una forma de vida perdieran completa y definitivamente la capacidad de plantear seriamente la cuestión

«¿por qué?». De esta forma el argumento de la forma de vida es traído como un elemento más en la fundamentación de las reglas del discurso para reforzar el carácter universal de éstas: «las reglas del discurso no definen por ello una forma de vida particular, sino algo que es común a todas las formas de vida, sin perjuicio del hecho de que ese algo resulte válido en dichas formas de vida en medida muy distinta» (1978, pág. 306; 1995, pág. 141). La función que desempeña no es ya la de fijar los límites de una racionalidad necesariamente circunscrita a una particular forma de vida, como en la originaria versión de Wittgenstein, sino la de mostrar la existencia de un potencial de razón («*Vernunftpotential*») que excluye la posibilidad de «diferencias antropológicas resistentes al discurso entre los hombres» (Alexy, 1989, pág. 114). Puede así decirse que la utilización que hace Alexy del concepto de «forma de vida», en lugar de conducimos a afirmar la validez relativa del discurso moral, da fe de una metaética cognoscitiva. Pretende aclaramos aspectos de la naturaleza humana y en esta medida, como él mismo reconoce, sitúa a la teoría del discurso en la tradición del derecho natural (Alexy, 1995, pág. 141).

La idea de forma de vida establece, en última instancia, el momento decisivo de la preferencia racional por la teoría del discurso. En el caso de Alexy, como es sabido, se postula con un carácter universal a partir del ejercicio de una *praxis* mínima que se hace corresponder con una capacidad inherente a la naturaleza humana. Si esto es una interpretación correcta no parece fácil eludir el defecto lógico de derivar enunciados normativos a partir de premisas fácticas, aun cuando Alexy nos recuerde, en este mismo contexto, que el argumento trascendental sostiene que esa práctica en la que todos tomamos parte, aun cuando sea de forma rudimentaria, es una reconstrucción hecha desde el punto de vista del participante.

Tampoco parece claro que la determinación de una cierta forma de vida, aunque se la dote de un contenido sustantivo tan reducido como lo hace Alexy, pueda ser incluida en una propuesta dirigida a fundamentar el argumento de la pretensión de corrección construida desde la perspectiva del participante. Como sostiene Weinberger (1983, pág. 213), la referencia a la idea de forma de vida parece que sólo puede ser traída por quien es observador y está en condiciones de determinar aquellos aspectos que considera pueden convertir en plausible la elección de aquella como marco de la argumentación racional, pero la forma de vida no es un argumento racional en el proceso mismo de fundamentación. Parecerá inapropiado que quienes participan en el discurso y aducen razones pretendan fundamentar la solidez de éstas alegando simplemente que se corresponden con su forma de vida. Aquellos aspectos que contribuyen a definir una forma de vida, aunque ésta sea concebida como la más general, parece que son susceptibles, en

principio, de ser cuestionados, a no ser que se estipule que se corresponden con una visión ontológica del ser humano.

(a") La segunda cuestión asociada al argumento trascendental y que más arriba proponía abordar tenía que ver con el sentido que cabe atribuir a la idea acerca de que las reglas discursivas especifican condiciones de las que depende la posibilidad del entendimiento y se muestran así constitutivas del significado que hayamos de atribuir a los actos de habla.

Como es sabido, en la obra de Alexy la pretensión de corrección que se considera inherente a los actos de habla regulativos, establece la conexión conceptual entre el derecho y la moral. Su posición a este respecto creo que queda bien reflejada en el siguiente texto que, a manera de recordatorio de nociones ya expuestas páginas atrás, me permito transcribir: «La teoría de la pretensión sostiene que las normas jurídicas individuales y las decisiones judiciales, así como el sistema jurídico en su totalidad, necesariamente tienen una pretensión de corrección. Los sistemas de normas que no tienen esta pretensión, implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos. Por el momento, la teoría de la corrección es de carácter definitorio. Los sistemas jurídicos que tienen esta pretensión, pero no la satisfacen, son sistemas defectuosos. En este sentido la teoría de la pretensión es calificativa. La teoría de la pretensión juega un papel exclusivamente calificativo en el caso de las normas individuales y de las decisiones judiciales. Éstas son jurídicamente defectuosas cuando no tienen, o no satisfacen, la pretensión de corrección» (1989, págs. 51-2).

De esta forma el artículo constitucional que dijera: «X es una república soberana, federal e injusta», sería un artículo defectuoso. Un tipo de defecto que no podría ser considerado de carácter exclusivamente técnico, o moral, o convencional, sino que se trataría de un defecto conceptual, en el sentido de que contradice la necesaria relación que se establece entre el acto de dictar una constitución y una pretensión de corrección o justicia (Alexy, 1989, págs. 52-3. En contra de que este tipo de enunciado sea contradictorio, E. Bulygin, 1993, págs. 19-24.). A un similar tipo de contradicción se refiere Garzón Valdés en relación a frases del tipo: «Creo en la legitimidad de mi sistema, pero es ilegítimo», o «creo en la legitimidad de mi sistema, pero no pretendo que lo sea» (1990, pág. 121). Es decir, que las autoridades y funcionarios se contradirían a ellos mismos si sostuvieran que la ética no juega ningún papel en el concepto de validez de las normas frente a las que adoptan un punto de vista interno.

También puede ser traída aquí la posición de P. Soper quien establece el vínculo conceptual entre el derecho y la moral sobre la base de la imputación a todo hablante de una intención de sinceridad necesariamente referida a sus actos de habla consistentes en ofrecer explicaciones y justificaciones.

Dado que los sistemas sociales organizados pueden ser creados y mantenidos por una diversidad de motivos que no tiene por qué suponer la existencia de una obligación moral, tales como el miedo, la inercia, la tradición o un cuidadoso cálculo de intereses egoístas (Hart, 1958, p. 17), el reconocimiento de estas posibilidades empíricas traslada la discusión de la tesis de la vinculación al único nivel posible: el de la definición. Es desde esta sede, conceptual, desde la que «(s)e debe explicar por qué los sistemas jurídicos que no incluyen una creencia oficial en la justicia no cuentan como sistemas jurídicos» (Soper, 1984, pág. 70). La mayor fuerza de este nivel de análisis respecto del puramente empírico se muestra al establecer una analogía con la institución de las promesas. Existe aquí «una conexión conceptual entre un concepto (promesa) y la creencia en una pretensión moral (una obligación de respetar las promesas)... Lo que no se puede hacer es realizar una promesa y simultáneamente negar la intención de respetarla, o negar la creencia en una obligación de respetar las promesas. En semejante caso el destinatario de la promesa entenderá que no se realiza promesa alguna sino, a lo sumo, el enunciado de la intención de realizar una acción en el futuro» (págs. 70-1). La remisión a la virtualidad de una teoría del discurso aparece de forma inequívoca, aun cuando en su presentación y grado de elaboración tenga poco en común con las tentativas de Habermas o Alexy (en este sentido, Prieto Sanchís, 1994, pág. 239). Su función queda establecida en los siguientes términos: «Los individuos disidentes deben tener asegurado un derecho al discurso, un derecho a insistir en revisar la evidencia de la buena fe en la creencia, en la única forma en la que se puede evaluar la sinceridad: esto es, mediante la comunicación, el diálogo, el intercambio y el debate» (Soper, 1984, pág. 202).

Resulta evidente que los enunciados que se corresponden con los tres planteamientos descritos desconocen toda pretensión de corrección y que, en este sentido podría aplicarseles el austiniano calificativo de «desafortunados» («*infelicitous*»), (R. Siltala, 1990, pág. 166). Pero lo que está en juego es, sin embargo, si la contradicción *performativa* que se detecta en los aludidos enunciados, esto es, la existencia de una incompatibilidad entre lo que se prescribe a través de un acto de habla regulativo y las supuestas reglas que rigen tal acto de habla invalidan éste al mostrar su incorrección moral. Creo que la defensa de esta posición pasa de forma necesaria por la afirmación de que ciertas estructuras lógicas, semánticas y pragmáticas de la racionalidad normativa son *a priori* válidas y, por tanto, poseen un carácter trascendental (O. Guariglia, 1996, pág. 156). Algo que Habermas rechaza respecto del planteamiento de Apel, y que explicaría probablemente el progresivo acercamiento de Alexy a los postulados de una pragmática trascendental y no universal (1978, «*Postfacio*» a la trad. cast. 1989, pág. 305). Dicho

con otras palabras, se pretendería un reconocimiento moral a partir del reconocimiento formal de aquellas estructuras.

Debe entonces interpretarse que la contradicción performativa tiene lugar cuando se vulnera la regla que prescribe argumentar racionalmente, regla que desde la perspectiva pragmático trascendental debe admitirse «ya siempre» («*immer schon*»), es decir, como presupuesto básico de la argumentación (W. Kuhlmann, 1985, pág. 82). Y que a esta estructura previa pertenece igualmente un núcleo de moralidad cuyo «despliegue» en enunciados normativos solo es posible a partir de esa regla primera o presupuesto de la argumentación. De esta forma debemos entender que las normas que fundaran la exigencia de alcanzar un acuerdo, de cumplir las condiciones que permitan un mayor grado de realización de una situación ideal de diálogo, etc., están incluidas o son derivables de aquella regla suprema y dan cuerpo a una ética cognoscitiva. Quien desde una posición escéptica negara entonces validez a la prescripción «¡Argumenta racionalmente!» estaría enunciado una proposición, que desde el modo trascendental de argumentación, sería necesariamente falsa. Ahora bien, ¿de qué tipo de falsedad se trataría? Probablemente tendríamos que aceptar, como plantea E. Hilgendorf (1995, págs. 193 y ss.), que los candidatos posibles a esta respuesta son básicamente los siguientes:

(i) en primer lugar, podría uno preguntarse si no se trata de una falsedad de tipo empírico. Obviamente, el defensor de una concepción pragmático trascendental de la argumentación rechazaría esta interpretación. Si se considera que un enunciado p cuyo contenido consiste en negar validez a las reglas de la argumentación es fácticamente (empíricamente) falso, entonces la demostración de $\neg p$ (no p) supone que, por medio de una investigación empírica podríamos llegar a comprobar que las reglas de la argumentación valen para todo hablante. En efecto, la pragmática trascendental no puede admitir esto. Ya que el argumento pierde su carácter apriorístico, no puede hablarse de un contenido necesariamente verdadero. Desde la perspectiva adoptada todo intento de indagación empírica dirigida a demostrar la verdad de ($\neg p$) es tachado de irrelevante y erróneo.

(ii) Otra posibilidad estriba en considerar la negación de las reglas de argumentación como un caso de falsedad lógica. Si el enunciado p que emite el escéptico es lógicamente falso, su negación sería, por tanto, necesariamente verdadera. Tiene razón Kuhlmann, arduo defensor de una fundamentación pragmático trascendental del discurso, al afirmar que estaríamos entonces, como ocurre con todo enunciado lógicamente verdadero, ante una tautología vacía de contenido que nada aportaría a la fundamentación del discurso (1985, pág. 85).

(iii) El partidario de una fundamentación pragmático trascendental se ve así abocado a afirmar que la contradicción planteada por el enunciado *p* que formula el escéptico es una contradicción de un tipo especial que, como es sabido, califica de *performativa*. Resulta significativo a este respecto, como observa Hilgendorf, (1995, pág. 193) que autores como Apel o Kuhlmann, defensores de una genuina concepción pragmático trascendental, no recurran al significado que en el ámbito de la filosofía del lenguaje se le atribuye al concepto de «contradicción performativa», y admitan que en el contexto de una fundamentación pragmático trascendental ésta alude a una suerte de «inconsistencia existencial» (Kuhlmann, 1985, págs. 89 y 230), expresión que toman prestada del análisis que el lógico J. Hintikka hace del argumento cartesiano «*Cogito, ergo sum*» (1962, págs. 3-32). De acuerdo con la interpretación que este autor lleva a cabo de las premisas del razonamiento de Descartes hubiera sido imposible por autocontradictorio negar la propia existencia, o que el propio Descartes afirmara: «Descartes no existe». Un enunciado de este tipo representa, según Hintikka, un caso de la mencionada «inconsistencia existencial» (págs. 8-9). Ahora bien, ¿puede reclamarse de la contradicción planteada un tipo de falsedad específica, o se trata simplemente de un supuesto de falsedad empírica? Si tomamos en cuenta que en relación al ejemplo utilizado la falsedad del enunciado es susceptible de ser advertida sin más tanto por el propio hablante (Descartes) como por todo oyente que se percatara de quién era en realidad el que lo formulaba, no parece que quepa otra posibilidad que optar por la segunda de las interpretaciones. Es en este sentido, en el que Hilgendorf (pág. 196), creo que con razón, critica por inadecuado que el argumento de la inconsistencia existencial, traído por Hintikka, pueda prestar apoyo a la pragmática trascendental y lo que demostraría una vez más que la llamada contradicción *performativa*, en el marco de este modo de fundamentación, es una noción insuficientemente aclarada.

Quizá convenga recuperar ahora la idea a la que aludía más arriba, acerca de cómo en el caso de la teoría de Alexy la flexibilización del argumento trascendental conducía al reconocimiento de dos tipos de capacidad a la hora de construir su discurso, una orientada al acuerdo logrado por medio de un entendimiento que las reglas del discurso hacen posible, y otra para practicar, también ocasionalmente, el engaño, la manipulación, y la coacción. El cumplimiento de las reglas del discurso era algo que quedaba condicionado al interés del sujeto en el argumento de la corrección y la opción por el desempeño de esta capacidad algo que pertenecía al ámbito de lo que libremente podía decidir. En suma, no parecía que pudiera defenderse satisfactoriamente la idea de que es el propio lenguaje, sino una determinada forma del mismo la que podría servir de fundamento a la ética discursiva. Y

a propósito, ahora, de la contradicción *performativa* los argumentos recordados sugieren que ésta solo puede darse en tanto que el participante en el discurso decida comportarse éticamente, es decir, con arreglo a las reglas que Alexy propone. O, como prefería Habermas, siempre que se parta de un determinado, intuitivo, y no justificado saber preteórico; por supuesto aquel que se corresponde con una práctica argumentativa definida por la pretensión de corrección.

Me parece así acertado el punto de vista defendido por O. Guariglia acerca de que la supuesta consecuencia moral que se deriva de la contradicción *performativa* en que incurre el hablante cuando no admite previamente las reglas que regulan el diálogo quedaría circunscrita a la interioridad del propio hablante, cuya conciencia moral al cometer la contradicción se despertaría para indicarle que ésta no es moralmente admisible. En cuanto acto de conciencia se tratará, por tanto de un acontecimiento subjetivo y contingente que será percibido por unos pero no por otros: «Para el hombre moral, la comisión de una contradicción performativa le resultará intolerable; el inmoral, en cambio, la atesorará como un recurso más para embaucar a los ingenuos. Tanto el uno como el otro, sin embargo, no tendrán para guiarse más que criterios intuitivos de cuál es la acción moralmente correcta ya que... la contradicción performativa per se no ofrece ningún criterio moral» (1996, pág. 157).

De acuerdo con lo expuesto hasta ahora no creo que pueda concederse a Alexy haber resuelto satisfactoriamente su pretensión de dotar de una fundamentación última, en todo o en parte, a las reglas del discurso. Los esfuerzos de una concepción pragmático trascendental por encontrar una salida a los problemas que plantea el trilema de Münchhausen no parecen tener éxito. Habermas pretendía una ruptura en el proceso de fundamentación mostrando que frente al entendimiento y la comunicación no hay alternativa posible ya que son exponentes de una práctica que se halla en la base de todo comportamiento humano. Que esta finalidad sea inherente a los discursos ideales parece algo inatacable. Pero dado que en los discursos reales los actos de habla pueden orientarse hacia fines diferentes al sugerido por Habermas, parece que sólo en el marco conceptual de la razón comunicativa podrá afirmarse que la única alternativa racional es el habla y la acción orientada al entendimiento y el acuerdo. Dicho de otra forma, sólo una determinada forma del lenguaje, y no el lenguaje mismo, podría servir a la fundamentación de principios éticos (H. Scheit, 1987, pág. 363). En el caso de Alexy, el debilitamiento del argumento trascendental reducía esa carencia de alternativas de las reglas del discurso a las ocasiones en que los individuos, en el transcurso de sus vidas, recurran a la práctica argumentativa.

Un tal grado de indeterminación no parece que pueda proporcionar una justificación adecuada de la validez universal de las reglas discursivas.

(b). Me referiré, para finalizar, a la tesis (b) de la fundamentación del discurso que propone Alexy, es decir, a la premisa empírica. Con independencia de que resulte o no plausible la sorprendente combinación de un kantiano modo trascendental de argumentación con una ponderación de intereses de origen inequívocamente hobbesiano, no parece que con ello se avance algo en el terreno de la fundamentación. Las consideraciones acerca de la existencia de un interés de los individuos en la corrección aparecen, en la obra de Alexy, en relación a dos supuestos diferentes: (i) debe presuponerse un tal interés que explique por qué quienes reconocen la corrección de las reglas que rigen el habla las aplican en la práctica. Así, según Alexy, «si se presupone este interés, entonces el argumento pragmático trascendental puede fundamentar la validez de las reglas del discurso en lo referente a sus consecuencias en el campo de la acción» (1978, pág. 307), y (ii) el interés, al que ya se ha aludido páginas atrás, de aquellos que orientan su discurso estratégicamente en actuar como aceptantes comprometidos con las reglas del discurso ya que se presume que una mayoría de sujetos se inclinarán por discursos no estratégicos (pág. 309). En ambos casos la ponderación de intereses da por supuesta la corrección objetiva de las reglas del discurso y da por bueno, en consecuencia el argumento pragmático trascendental de fundamentación. Desde este punto de vista no podría hablarse entonces de contradicción entre los diferentes elementos (kantiano y hobbesiano) empleados en la argumentación (en un sentido crítico de esta compatibilidad, M. Atienza, 1991, pág. 220). Dejaría intactas, sin embargo, las críticas que se han dirigido respecto de una fundamentación pragmático trascendental.

Por otra parte tampoco resulta convincente que el argumento empírico cierre de manera satisfactoria el intento de fundamentación que propone Alexy (1978, pág. 308). Tanto en el caso de la existencia de un interés preexistente en el valor de la corrección, como en el supuesto de una presunción en favor de la maximización de la utilidad por medio del respeto a las reglas del discurso (admitiendo que se dé una tal relación medio-fin), el cumplimiento de las reglas discursivas depende una vez más del acto de voluntad que representa la toma de una decisión. Por ello, en tanto que empírica la premisa puede ser tan cierta como falsa, es decir que podemos suponer también la existencia de individuos no interesados en la pretensión de corrección de la ética discursiva, o la de quienes no estén interesados en maximizar su propia utilidad. Respecto de ellos no parece que pueda afirmarse el carácter vinculante de las reglas del discurso (P. Gril, 1997, pág. 216).

Las reglas del discurso, o al menos las denominadas por Alexy, reglas de razón, no creo que puedan ser identificadas, contrariamente a lo pretendido

por su autor, con categorías universales de la práctica argumentativa, sino en todo caso como expresivas de lo que puede ser una cierta representación de lo que es la discusión racional. O de un determinado tipo histórico de derecho, a saber, el derecho moderno occidental con el que se alcanza por vez primera «un sistema de procedimientos jurídicos diferenciados y especializados: procedimientos legalmente regulados para la creación de normas jurídicas y para la aplicación del derecho» (K. Tuori, 1988, pág. 49). Este cognoscitivismo débil que subyace a los intentos de vincular el derecho a la moral por medio del argumento de la pretensión de corrección o del llamado argumento de la creencia moral (R. Caracciolo, 1994, págs. 97-110), aclara por qué queda sorprendentemente abierta la cuestión acerca de qué contenidos de moralidad son los requeridos para establecer tal vinculación (L. Prieto, 1997, pág. 76). La inexistencia de criterios para determinar la validez objetiva de un determinado principio moral equivale a afirmar que cualquier norma o prescripción es un principio moral, o que la creencia de un determinado sujeto *x* no forma parte *prima facie*, como sostiene R. Caracciolo, del concepto de norma o de principio moral (1994, pág. 108; en un sentido parecido, E. Bulygin, 1998, págs. 222/3). El ejemplo propuesto por Alexy, que atribuye juridicidad a un orden depredatorio cuando surge una «pretensión de corrección» que él identifica meramente con la existencia de algunas reglas generales y una mínima seguridad en su aplicación pero en el que persiste como pauta de comportamiento el propósito de la dominación y la explotación, parece confirmar lo defendido por Caracciolo. La pretensión de que un sistema es correcto aun cuando haya que recurrir al engaño o la manipulación para obtener aceptación no parece argumento suficiente para establecer la tesis de la vinculación conceptual entre el derecho y la moral. Claramente, la justicia se aproxima aquí la idea de seguridad. La flexibilización, anteriormente criticada, de los presupuestos de la teoría habermasiana y la consiguiente amplitud discursiva permite que la exigente cuestión de la justicia se convierta, para los gobernantes injustos, en un más cómodo problema de seguridad o de *moral interna del derecho*, en recuerdo de las tesis de Fuller. R. Siltala ha puesto de manifiesto cómo en relación a normas aisladas en las que la conexión entre derecho y moral que defiende Alexy tiene un carácter *calificativo*, la sombra de Fuller parece estar presente por la analogía que cabe establecer con la idea de una moral interna del derecho que si es vulnerada, en tanto que moral de aspiración y no de deber, afecta a su perfección como norma pero no la priva de validez jurídica (Siltala, 1990. Pág. 164).

Probablemente todo lo anterior tenga que ver con lo observado por Soper acerca de cómo en cierto sentido positivistas y no positivistas llegan a construir teorías divergentes partiendo, sin embargo, de presupuestos en buena medida similares acerca de la relación entre derecho e ideal de certeza.

Mientras el positivismo encontraría en el punto de vista externo el presupuesto epistemológico desde el que rechazar la incerteza, el no positivismo sugiere la alternativa moral. Este enfoque moral convierte a la cuestión de la relación entre derecho y seguridad o predecibilidad en una cuestión de ética sustantiva. Este cognoscitivismo moral es la piedra angular de toda definición de derecho que rebasa los límites del derecho positivo y quiere encontrar allí un mínimo de seguridad. Desde esta perspectiva cabría constatar, como señala A. García Figueroa una muestra de la insuficiencia que aqueja al antipositivismo de Alexy; su teoría obtiene esa seguridad en la razón práctica porque en buena medida ésta se debilita en sus contenidos hasta asimilarse a la propia seguridad (1997, pág. 505).

El argumento, que parece concluirse de la propuesta de Alexy y no sé si de la defendida por Garzón Valdés, de que la mera creencia en un cierto principio, con independencia de su contenido, puede ser suficiente para su consideración como un principio moral es coherente con la fundamentación débil que Alexy proporciona a las reglas discursivas que propone, pero incompatible con la idea de corrección moral. Si esto era lo que perseguía Alexy, desde luego las expectativas generadas con la expresión elegida («pretensión de corrección») son muy superiores a los logros obtenidos.

Bibliografía

Alexy, R. (1978): *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. de M. Atienza, I. Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1989.

Alexy, R. (1989): *Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral*, trad. de P. Larrañaga, en R. Alexy: *Derecho y razón práctica*, Fontamara, México 1993, págs. 37-58.

Alexy, R. (1995): *Recht, Vernunft, Diskurs*, Suhrkamp, Frankfurt a. Main.

Atienza, M. (1991): *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Bar-Hillel, Y. (1973): *On Habermas' Hermeneutic Philosophy of Language*, en Synthese 26, págs. 1-12.

Bulygin, E. (1993): *Alex und das Richtigkeitsargument*, en Aarnio, y otros (comps.): *Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit*, Duncker & Humblot, Berlin, págs. 19-24.

Bulygin, E. (1998): *¿Hay vinculación necesaria entre derecho y moral?*, en R. Vázquez (comp.): *Derecho y moral. Ensayos contemporáneos*, ed. Gedisa, Barcelona, págs. 214-223.

Caracciolo, R. (1994): *L'argomento della credenza morale, en Analisi e diritto*, Giappichelli ed., Turín, págs. 97-110.

García Figueroa, A. (1997): *El no positivismo principialista. Las teorías de R. Dworkin y R. Alexy*, tesis doctoral, actualmente en prensa, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Garzón Valdés, E. (1990): *Algo más acerca de la relación entre derecho y moral*, en *Doxa*, nº 8, págs. 119-30.
Garzón Valdés, E. (1996): *Derecho y moral*, en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía*, tomo II; ed. Trotta, C.S.I.C., B.O.E.; Madrid, págs. 397-424.
Gril, P. (1997): *Alexys Version einer traszendental-pragmatischen Begründung der Diskursregeln im Unterschied zu Habermas*, en *ARSP*, vol. 83, págs. 206-216.
Guariglia, O. (1996): *Moralidad. Ética universalista y sujeto moral*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires.
Habermas, J. (1972): *Teorías de la verdad*, en Habermas, J.: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, ed. Cátedra, Madrid 1994.
Habermas, J. (1976): *¿Qué significa pragmática universal?*, en Habermas, J.: *Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos*, cit. págs. 299-368.
Habermas, J. (1983): *Conciencia moral y acción comunicativa*, trad. R. G. Cotarelo, ed. Península, Barcelona 1985.
Hart, H.L.A. (1958): *Obligación jurídica y obligación moral*, trad. J. Esquivel y L. Alfonso Ortiz, UNAM, México 1977.
Hart, H.L.A. (1982): *Essays on Bentham*, Clarendon Press, Oxford.
Hart, H.L.A. (1983): *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Clarendon Press, Oxford.
Hilgendorf, E. (1995): *Zur traszendentalpragmatischen Begründung von Diskursregeln*, en *Rechtstheorie,* nº 27, págs. 183-200.
Hintikka, J. (1962): *Cogito, Ergo Sum: Inference or Performance?*, en *Philosophical Review* 71, págs. 3-32.
Kuhlmann, W. (1985): *Reflexive Letzbegrimdung: Untersuchungen zur Traszendentalpragmatik*, K. Alber, Freiburg-München.
Prieto, L. (1994): *P. Soper Una teoría del derecho*, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, nº 18, págs. 233-242.
Prieto, L. (1997): *Constitucionalismo y positivismo*, Fontamara, México.
Scheit, H. (1987): *Wahrheit, Diskurs, Demokratie*, Freiburg-München.
Siltala, R. (1990): *Derecho, moral y leyes inmorales*, trad. de Mª José Añón, en *Doxa*, nº 8, págs. 149-170.
Soper, P. (1984): *Una teoría del derecho*, trad. de R. Caracciolo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1993.
Tuori, K. (1988): *Ética discursiva y legitimidad del derecho*, trad. de J. Aguiló, en *Doxa*, nº 5, págs. 47-67.
Weinherger, O. (1983): *Logische Analyse als Basis der juristischen Argumentation*, en W. Krawietz y R. Alexy, (comps.): *Metatheorie juristischer Argumentation*, Duncker & Humblot, Berlin, págs. 159-232.
Wittgenstein, L. (1953): *Philosophical Investigations*, 3ª ed., Maemillan, New York, 1968.

¿QUÉ DISCURSO PARA LA MORAL? SOBRE LA DISTINCIÓN ENTRE APLICACIÓN Y JUSTIFICACIÓN EN LA TEORÍA DEL DISCURSO PRÁCTICO GENERAL

Introducción

En este ensayo quiero ofrecer un breve análisis de la tesis elaborada por Klaus Günther según la cual «las cuestiones de validez de una norma tienen que separarse de las cuestiones de su aplicación»[1]. Se trata de una réplica a la conocida *tesis del caso especial* de Robert Alexy[2] que Günther articula en dos ulteriores tesis: la primera es la necesidad de introducir el discurso de la aplicación de las normas para complementar el discurso de justificación; la segunda, circunscrita al razonamiento jurídico, consiste en la necesidad de explicar el razonamiento judicial como un discurso de aplicación, y por lo tanto, distinguir dentro del discurso jurídico entre una actividad de justificación y otra de aplicación de las normas jurídicas. A lo largo de estas páginas cuestionaré la corrección de una concepción dualista del discurso práctico general, una concepción que distingue una actividad de aplicación de otra de justificación de las normas.

1. El carácter discursivo de la justificación de las normas

Toda norma, así comienza el principal trabajo de Günther[3], contiene una referencia, por tenue que ésta sea, a una situación de aplicación. También contiene una referencia a las consecuencias y efectos paralelos que producirá el cumplimiento de la norma. Ambos, no son elementos desconectados entre sí, sino que su relación determinará la validez, y por lo tanto la justificación de la norma.

---

[1] K. Günther. *The Sense of Appropriateness*, traducido por J. Farrel. State Uni\ersity of New York Press. Albany. 1993. p. 11.

[2] Según ésta, el discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico, es decir, una forma de discurso de justificación de norma (véase R. Alexy. *Teoría de la argumentación jurídica*, traducido por M. Atienza e I. Espejo. Centro de Es'tudios Constitucionales. Madrid. 1989).

[3] Me refiero al citado *The Sense of Appropriateness*.

Se puede sostener que el paso de la situación de aplicación descrita en la norma a las consecuencias previstas en la misma tiene un carácter *empírico*. En este caso, dice Günther, el criterio de justificación de la norma es el denominado *principio de universalidad semántico* según el cual la identidad (semántica) entre la situación de aplicación descrita en la norma y la situación de aplicación del caso concreto *justifica* las consecuencias prescritas en la norma[4].

Alternativamente se puede sostener, como hace Günther, que la transición de una situación de aplicación concreta a las consecuencias previstas en una norma tiene un *carácter normativo*. En este caso, el lazo entre la situación de aplicación y las consecuencias normativas lo ofrece el *principio de universalidad discursivo* (U en adelante siguiendo la terminología de Günther), lo que significa que «*cada uno* se pone en la posición de la otra persona, que esto se hace *recíprocamente* y que todos los interesados juzgan *colectivamente* si la norma corresponde a sus intereses comunes»[5].

El principio U establece un nexo entre la norma propuesta originariamente y los intereses contenidos en ella, por una parte, y los intereses de aquellos afectados, por la otra parte[6]. En otras palabras, la norma estará justificada si los afectados por su cumplimiento la aceptan colectivamente, o mejor, aceptan las consecuencias y efectos de su aplicación. El discurso determina,

---

[4] Las normas son enunciados que repiten una misma estructura: una descripción de una situación concreta y un mandato de *deber ser* en relación a las consecuencias y efectos paralelos de su aplicación. Alexy las ha sintetizado así: $(x)\ Fx \rightarrow Gx$ (Cfr. R. Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, citado, pp. 81 y 214). Es decir, una norma en la que para toda situación F se dará (debe ser) la consecuencia G. El principio de universalidad semántico, tal y como ha sido formulado, justifica que en toda situación similar en sus aspectos relevantes a F se aplique la norma $(x)\ Fx \rightarrow Gx$ y por lo tanto, tengan lugar las consecuencias previstas G. También Alexy lo sintetiza esquemáticamente así:

(1) $(x)\ Fx \rightarrow Gx$
(2) F*a*
(3) G*a*

Si hay una identidad entre la situación descrita (F*x*) en la norma y la situación de aplicación (F*a*), entonces la consecuencia prevista (G) *deber ser*, debe acaecer. Günther dirige dos objeciones al principio de universalidad semántico. Brevemente, la primera es que enturbia la distinción entre justificación y aplicación de las normas, porque resolviendo una -la consideración de la situación de aplicación del caso- se soluciona la otra -la justificación de las consecuencias- (cfr. K. Günther, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 23). La segunda objeción al principio de universalidad semántico es que malinterpreta el objeto de la justificación, que no se refiere tanto a la norma en sí ($(x)\ Fx \rightarrow Gx$) cuanto a la decisión G*a*.

[5] K. Günther. *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 23. La cursiva es mía.

[6] *Ibídem* p. 28. El carácter normativo que Günther atribuye a esta relación causal no significa el abandono del principio de universalidad semántico que será reconvertido en una regla de argumentación que garantiza «la transición de la evidencia empírica en las consecuencias para las necesidades de cada individuo y los efectos anejos para éste. cuando la norma se aplica, a la norma que contiene un interés general» (*ibídem* p. 27).

en primer lugar, el objeto de la deliberación, esto es, los intereses individuales afectados por el cumplimiento de la norma; y en segundo lugar, la forma en que éstos serán considerados, es decir, recíprocamente[7].

2. La versión débil del discurso de justificación

Si una norma, como apenas he indicado, es válida cuando las consecuencias y efectos de su cumplimiento han sido recíprocamente aceptados por todos los afectados, sólo la consideración de una situación concreta permitirá determinar *qué* intereses resultan afectados y por lo tanto *quiénes* participarán en el discurso[8]. De esta forma, la anticipación de la *descripción de una situación de aplicación* parece ser el primer requisito para iniciar un discurso sobre la validez o la aceptación de una norma concreta. Sobre cuál sea el contenido de esta descripción, es el interrogante que Günther resuelve confrontando dos versiones de U que se diferencian, esencialmente, en la situación ideal o real de deliberación en la que tiene lugar la justificación de las normas.

2. 1. Dos interpretaciones de U

La versión fuerte de U. Esta primera versión de U propone una abstracción de la situación de aplicación tal que incluya todos los aspectos relevantes para los intereses de cada individuo, es decir, que contenga la *completa descripción de la situación de aplicación*[9].

A la versión fuerte de U le corresponde una versión también fuerte del discurso de justificación según la cual «una norma es válida y en cada caso apropiada si las consecuencias y efectos paralelos que se producen para los intereses de cada individuo como resultado del cumplimiento general de esta norma en cada situación particular pueden ser aceptados por todos[10]».

Las normas cuya aceptación se discute deberán anticipar *todas* las situaciones en las que pueda aplicarse, de manera que sus aspectos son obvios y los intereses de los afectados evidentes[11]. Ahora bien, esto sólo es posible si el discurso de justificación tiene lugar en condiciones ideales de deliberación

---

[7] Cada individuo tiene que asumir los intereses de los demás con el fin de apreciar la intensidad de cada interés involucrado. Se evita así que sólo sean relevantes los intereses de la mayoría o de un grupo (*ibídem* p. 32).

[8] *Ibídem* p. 33.

[9] Sólo así se sabrá qué intereses resultan afectados y por lo tanto qué intereses deben incorporarse a la norma y quiénes deben participar en la justificación de la misma. Esta opción consiste en una absoluta coincidencia, en lo relevante, entre la situación descrita en la norma y la situación de aplicación concreta.

[10] *Ibídem*. La cursiva es mía.

[11] *Ibídem*. p. 34.

(de tiempo y conocimientos ilimitados). La objeción, por lo tanto, es simple: puesto que la situación de deliberación es real (es decir, de tiempo determinado y conocimientos limitados), es imposible anticipar la completa descripción de una (toda) situación de aplicación.

La versión débil de U. Günther propone otra versión de U y del discurso de justificación: la versión *débil*, según la cual la descripción de una situación de aplicación debe hacerse dentro de los límites de tiempo y de conocimientos en los que tiene lugar el discurso práctico[12]. Habermas ha introducido este concepto de validez discursiva según el cual en la justificación de una norma sólo tienen que considerarse las consecuencias y efectos paralelos de una norma que *puedan anticiparse*: «Aunque U hable de "cumplimiento general", el criterio de validez no se refiere a todas las situaciones previstas desde un punto de vista absoluto; en su lugar, se refiere a las consecuencias y efectos paralelos previstos en un momento concreto, en tanto que son relevantes para los actuales intereses de cada individuo y son aceptados colectivamente por todos»[13].

Con esta versión débil de U se logra incluir los innumerables cambios de intereses en la deliberación discursiva provocados por la imposibilidad empírica de adelantar todas las situaciones de aplicación de una norma. En otras palabras, se logra adaptar U a las condiciones reales del discurso quedando enunciado de la siguiente forma: «Una norma es válida si sus consecuencias y efectos paralelos que produce a los intereses de cada individuo como resultado del cumplimiento general de la norma *bajo circunstancias inmutables* pueden ser aceptados por todos»[14].

Esta interpretación débil de U garantiza que para la justificación de una norma se omita la valoración de todos los aspectos relevantes de todas las posibles situaciones de aplicación y se consideren sólo aquellos aspectos que permanezcan inalterables en todas las situaciones de aplicación: «En un discurso sobre la validez sólo se es capaz de examinar los aspectos, de la descripción de una situación que son iguales en cada caso de aplicación»[15].

---

[12] Además de que la abstracción de la situación de aplicación se hará dentro de los límites de tiempo y conocimiento, la versión débil de U consigue mantener inalterado el concepto de validez, en cuanto que sigue dependiendo de ¡a aceptación de las consecuencias y efectos a los intereses individuales por parte de *todos*. Günther no considera, sin embargo, que el discurso de justificación, incluso en su versión débil, deba reconocer un límite en la participación de los afectados (cfr. *ibídem*, p. 35).

[13] *Ibídem*.

[14] *Ibídem*. La cursiva es mía. Nótese que Günther sólo se refiere a la validez de la norma y no a su validez y adecuación como mencionaba al enunciar la versión fuerte de U.

[15] K. Günther, «Normative Conception of Coherence and Discursive Theory». en *Ratio Juris*, n. 2, 1989, p. 158. Éste es el significado de una norma válida *all things being equal* o bajo circunstancias inmutabies (*ibídem*, p. 163).

3. La distinción entre justificación y aplicación de las normas morales

La versión débil de U permite, según lo apenas indicado, considerar una situación real de deliberación. Es más, la versión débil de U logra adaptar el discurso sobre la validez de las normas a las condiciones de tiempo finito y conocimientos limitados. Junto a esta cualidad de U, Günther destaca otra: la de afrontar correctamente un *conflicto de normas válidas*. El planteamiento de un conflicto de normas y su correcta solución (gracias a la versión débil de U) será la estrategia argumentativa elegida por Günther para desarrollar su tesis más conocida; me refiero, por supuesto, a la necesaria introducción del discurso de aplicación en el ámbito de la deliberación práctica.

Existen situaciones concretas, inicia el concepto de conflicto de normas, en las que es posible aplicar no una sino varias normas que afectan a intereses individuales. Entonces, «dos normas, independientemente aplicadas (a la misma situación), alcanzan resultados incompatibles entre ellos, es decir, logran dos juicios morales contradictorios»[16].

Para quienes sostienen, artificial mente, una versión fuerte de U, el conflicto de normas se resolverá mediante una actividad de justificación (en su versión fuerte) según la cual una norma es válida cuando al sumarle las circunstancias relevantes del caso concreto es aceptada por todos. Esta solución esconde, tras su aparente simplicidad, una inversión del procedimiento discursivo porque primero se resuelve la aplicación de la norma, es decir, la completa descripción del caso concreto, y luego su justificación, es decir, la aceptación recíproca de sus consecuencias[17]. Tal inversión significa que para cada situación concreta los participantes de un discurso práctico deben afrontar una *tabula rasa* moral, puesto que todas las normas son inválidas salvo una que además será la norma adecuada al caso concreto.

Para la versión débil del discurso de justificación, sin embargo, todas las normas son válidas, y por supuesto también lo son las normas en conflicto, porque han sido aceptadas por todos en condiciones inmutables. En otras palabras, su validez, su aceptación, no depende de la completa descripción del caso de aplicación, sino de una descripción *all things being equal*. De las normas (válidas) en conflicto, sólo una será la norma adecuada a la situación concreta. La llave para solucionar el conflicto de normas *válidas* no será, por lo tanto, la aceptación de una norma en detrimento de otra, sino la *adecuación* de una de ellas a la completa situación de aplicación. Esta actividad,

[16] Ésta, que es una definición de Alexy, ha sido también aceptada por Günther. *Ibídem*. p. 207.
[17] K. Günther, «Normative Conception of Coherence and Discursive Theory», citado, p. 160.

ajena al discurso de justificación, es el contenido del *discurso de aplicación de normas*[18].

Antes de analizar con más detenimiento en qué consiste este discurso de aplicación de las normas, quiero reiterar que el concepto de conflicto de normas válidas no parece que encuentre su solución por vía del discurso de justificación débil. Esta versión, sin embargo, sí permite afrontarlo correctamente al separar las cuestiones aceptación de las normas de aquellas de descripción del caso concreto. En otras palabras, la versión débil de U esconde una tesis más relevante para este ensayo: la necesidad de distinguir entre un discurso de justificación y un discurso de aplicación de las normas.

El criterio de distinción entre el *discurso de justificación* y el *discurso de aplicación de las normas morales*, es su diverso contenido. La justificación es, según Günther, un discurso práctico sobre la *validez* de las normas, independientemente de la situación individual o concreta en la que serán aplicadas. El discurso de aplicación, por otro lado, está centrado en la *adecuación* de las normas a las circunstancias relevantes del caso concreto. El núcleo de este discurso es el si y el cómo se debe seguir una norma, en una situación particular y consideradas todas las circunstancias relevantes[19].

Justificación y aplicación son dos formas discursivas complementaria[20] validez y adecuación dos criterios de corrección complementarios. Allí donde no llega la justificación, es decir, a la consideración de todos los aspectos relevantes de una situación de aplicación, comienza la aplicación de la norma. El criterio de distinción entre justificación y aplicación no es otro que la distinta relevancia práctica atribuida a la situación concreta en uno y otro discurso: irrelevante para el primero, necesario para el segundo.

Concluye así el razonamiento a favor de una concepción dualista del discurso práctico general que distingue discurso de justificación y discurso de aplicación. Una argumentación que queriendo se puede resumir en los siguientes puntos: a) todas las normas son válidas si han sido aceptadas bajo circunstancias que permanecen invariables para cada situación de aplicación; b) estas normas son razones *prima facie* aplicables porque son insuficientes para sostener su aplicación a una situación concreta, o en otras palabras, su validez no contiene su aplicación; c) las normas válidas colisionan entre sí cuando se consideran los aspectos relevantes de una situación

[18] La actividad de aplicación de las normas consiste, básicamente, en describir el caso concreto de aplicación en sus aspectos relevantes para determinar qué norma es la adecuada.

[19] Cfr. K. Günther, *The Sense of Appropriateness*, citado, pp. 37-38.

[20] Cfr. K. Günther, «Normative Conception of Coherence and Discursive Theory», citado, p. 159.

de aplicación concreta[21]. Entonces comienza una actividad discursiva, distinta a la de validez, que pretende la aplicación adecuada de una de las normas en conflicto.

4. La lógica del discurso de aplicación

La actividad de aplicación de las normas se podría definir como la solución de un conflicto de normas válidas mediante la descripción en sus aspectos relevantes de un caso concreto a fin de determinar cuál de las normas en conflicto es la adecuada al caso. Creo que de esta definición inicial son de destacar dos ideas que condicionarán el contenido lógico del discurso de aplicación: la primera es la ya mencionada irrelevancia de la validez de las normas en el discurso de su aplicación; la segunda, la que a continuación desarrollaré, es la necesidad de describir una situación en sus aspectos más relevantes, para así decidir cuál de las normas válidas (en conflicto) es la *adecuada* al caso concreto.

Un ejemplo para el discurso de aplicación. Para llevar a buen puerto la labor que ahora me propongo, el análisis del contenido del discurso de aplicación, propondré un ejemplo en el que dos normas válidas entran en conflicto una vez considerada la situación concreta, dando así comienzo al discurso de aplicación.

En mi ejemplo, utilizaré al Dr. Ravic, el médico protagonista del libro *Arc de Triomphe* de Erich Maria Remarque[22]. Éste se ve obligado a refugiarse de los nazis en Francia (como se sabe la obra se desarrolla en plena expansión del III Reich en Europa), donde ejerce su profesión de manera clandestina por no tener regularizada su situación. El Dr. Ravic, además, ha vivido la experiencia de un campo de concentración, y el temor a ser descubierto y devuelto a la Gestapo le atormenta. Paseando por París tropieza con un accidente laboral. Un albañil se precipita al vacío, con tan mala suerte que la viga que lo sostenía cae también y golpea fatalmente a una transeúnte. El hombre fallece en el acto y la mujer recibe heridas que requieren una rápida intervención médica. En la obra original Ravic socorre inmediatamente a la mujer. Yo quisiera, sin embargo, racionalizar su decisión y explicar el razonamiento práctico que justificó la acción del Dr. Ravic.

El Dr. Ravic sabe que una inmediata intervención de un médico salvará la vida de la mujer accidentada. Ahora bien, también es consciente de que

[21] «Por lo tanto -dice Günther-, en el discurso de aplicación se afronta el problema del conflicto de normas. Las normas que son válidas en circunstancias inmutables pueden colisionar unas con otras cuando se consideran todas las circunstancias de una situación... El conflicto de normas sería así un problema de su adecuación y no de su validez» (K. Günther, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 212).

[22] Véase E. M. Remarque, *Arc de Triomphe*, Kiepenheuer & Witsch, Köln, 1945.

al involucrarse en el accidente llamaría la atención de la policía francesa que descubriría su situación ilegal en Francia, lo expulsaría del país convirtiéndose entonces en un fácil objetivo para la Gestapo. Ésta creo que sea una perfecta situación para ejemplificar un conflicto de normas morales válidas en circunstancias inmutables que se pueden formular de la siguiente manera: hay que socorrer a un herido grave (N *1*) y hay que asegurar la propia seguridad (N *2*) en peligro desde que la expulsión de Ravic a un país nazi podría tener como consecuencia su arresto por la Gestapo (llegando a poder ser confinado en un campo de concentración). Ambas reglas morales son *válidas* en el sentido débil de U, es decir, han sido aceptadas por todos (los afectados) en circunstancias inalterables para distintos casos. Son, además, consistentes entre sí porque en la situación que describen no colisionan. Ahora bien, la colisión o el *conflicto de normas válidas* se plantea cuando se consideran las circunstancias del caso concreto, en mi ejemplo, cuando Ravic, para socorrer y salvar la vida de la mujer herida, tiene que descubrir su situación de ilegal poniendo en peligro su propia seguridad.

4. 1. Tres actividades para un discurso

¿Qué hacer? ¿Ayudar a la mujer herida o evitar poner en peligro la propia seguridad? O bien, siguiendo el modelo de razonamiento práctico de Günther qué norma N *1* o N *2* es la *adecuada* a la situación concreta de aplicación? Para responder a estos interrogantes, para justificar la acción, el Dr. Ravic tendría que llevar a cabo dos actividades complementarias entre sí. La primera es la descripción de la situación mediante la consideración de sus circunstancias *relevantes*. Conviene precisar que cuando Günther menciona las circunstancias de un caso concreto, no alude a elementos fácticos sino *morales*, es decir, a los aspectos que desde un punto de vista moral son sobresalientes para la descripción del caso concreto. La segunda actividad consiste en justificar tal descripción, es decir, justificar la elección de unas circunstancias (las relevantes) en detrimento de otras. *Descripción y justificación de la descripción*: éste es el contenido esencial del discurso de aplicación, en el que además se puede considerar otras actividades. De manera resumida, ésta es la lógica del discurso de aplicación: a) la veracidad de los datos que se tienen sobre la situación de aplicación; b) la completa descripción de la situación y la justificación de la elección de unos aspectos en detrimento de otros; c) la coincidencia entre la situación contenida en la norma y la situación de aplicación una vez descrita: la consistencia semántica.

De la veracidad de los datos. La veracidad de las proposiciones que describen una situación es una condición necesaria para la descripción completa[23]. En el ejemplo propuesto, se podría objetar que la mujer no esté herida

[23] Ibídem. p. 231.

gravemente y que pueda esperar sin peligro para su vida hasta que llegue una ambulancia, o bien que la intervención del Dr. Ravic no lo involucrará en el accidente y que la policía no hará pesquisas sobre su identidad. En todo caso, estas objeciones no son objeto de un discurso práctico de aplicación sino de un discurso empírico y/o teórico[24].

De la completa descripción de la situación. En una situación concreta, como la del Dr. Ravic, se puede sostener que lo sobresaliente en términos morales es que se ayude a un herido grave o, por el contrario, que se omita el deber de socorro si eso pone en peligro la propia seguridad. Una vez más, decidir qué circunstancias son relevantes en un caso concreto equivale a describir este caso en sus aspectos relevantes. Tal decisión, tal elección, tiene que ser justificada de manera que el participante de un discurso de aplicación está obligado a dar buenas razones que justifiquen, además, la modificación o la derogación de una norma que podía *prima facie* aplicarse al caso[25].

El problema de la descripción y justificación de la situación de aplicación ha sido primorosamente planteado por Günther, que se pregunta: «¿De acuerdo a qué criterio pueden ser valoradas normas que colisionan en una situación sin que implícitamente se subsuma una argumentación apropiada en un discurso de justificación?»[26]. Es decir, ¿de acuerdo a qué criterio se puede describir una situación de aplicación que permita, de un lado, determinar los aspectos relevantes, y que impida, de otro lado, que tal actividad se convierta en una justificación sobre la validez de las normas?[27]. Este interrogante no es en absoluto gratuito si se tiene en cuenta que criterios tales como las *reglas de superioridad* de Baier o los *principios de optimización* de Alexy[28] no sirven tanto a la aplicación de normas cuanto a su justificación[29].

Rechaza Günther los criterios materiales (que deberían a su vez ser objeto de un discurso de justificación[30]) y adopta en su lugar un criterio formal

---

[24] *Ibídem*.

[25] Cfr. K. Gfinther, «Normative Conception of Coherence and Discursive Theory», citado, p. 159.

[26] K. Günther, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 240.

[27] La distinción entre discurso de justificación y de aplicación incide de nuevo en la imposibilidad de resolver problemas propios de un discurso, en este caso el de la descripción del caso, siguiendo el procedimiento de otro discurso.

[28] Por un lado, las reglas de superioridad establecen la relación entre todas las hipótesis normativas relevantes en un caso concreto; los principios de optimización, por otro lado, parten de la estructura abierta de los principios, de forma que es posible relacionarlos con las circunstancias de una situación concreta (*ibídem*, pp. 240-241).

[29] Estos principios dan prioridad a unos aspectos sobre otros, de manera que «determinan -según Günther- no sólo la aplicación de una norma sino también su justificación o su validez dependiendo de su posición en el balance con otras normas» (*ibídem*, p. 241).

[30] *Ibídem*.

que responda a la lógica del discurso de aplicación: el principio de *coherencia*.

La *coherencia* a la que se refiere Günther no es un criterio de valoración sino que más bien resume una relación: la que debe existir entre la norma, el resto de normas que *prima facie* eran aplicables a un caso y, finalmente, la completa descripción de la situación: «Una norma en todas sus variantes semánticas y en relación con otras normas aplicables sea adecuada a la situación descrita completamente»[31]. Tanto la adecuación de la norma a una completa situación, cuanto la coherencia de la norma y los aspectos relevantes de una situación, carecen de un contenido material. Más bien resume las relaciones entre la norma y la situación descrita completamente (en el caso de la adecuación) y entre la norma adecuada, el resto de normas aplicables y la situación descrita (en el caso de la coherencia).

Los mencionados principios de adecuación y coherencia determinarán en el caso del Dr. Ravic qué norma aplicar de las dos válidas que están en conflicto, dependiendo de cuáles sean los aspectos morales de una situación que se consideran más destacables. Si la situación es descrita como «una persona debe garantizar su propia seguridad aunque sea en detrimento de socorrer a una persona malherida», entonces la norma adecuada es N *2* según la cual «hay que asegurar la seguridad». Si por el contrario la situación se describe como «se debe asistir a un herido grave aunque ello vaya en detrimento de la propia seguridad», entonces la norma adecuada será N *1* según la cual «hay que socorrer a los heridos»[32].

Para justificar el aspecto más relevante de la situación, que en el caso del Dr. Ravic es su atención profesional a la accidentada, el criterio de coherencia justificará el mismo. De nuevo se trata de una relación entre la norma adecuada (hay que socorrer a un herido grave), las normas que resultaban también aplicables (hay que asegurar la propia seguridad) y la descripción de la situación (hay que ayudar a un herido grave aunque sea a riesgo de la propia seguridad).

De la consistencia semántica. Si bien la anterior descripción es la actividad central del discurso de aplicación de las normas, queda aún la subsunción de la norma adecuada al caso concreto. Es decir, falta por comprobar la consistencia semántica[33] entre la descripción contenida en la norma

[31] *Ibidem*, p. 244.

[32] En ningún caso la norma aplicada es *hay que socorrer a los demás aún a riesgo de la propia seguridad o hay que garantizar la propia seguridad aunque para ello se omita un deber de socorro* porque ninguna de estas normas aparecían en el conflicto inicial, además del hecho de que son normas superfluas. *Ibídem*, p. 244.

[33] Esta actividad está ordenada según el mencionado principio de universalidad semántica que en el discurso de aplicación es reconducido a una regla de consistencia. Su función es permitir, primero, el paso de una situación a la descripción de la norma, y segundo, el paso a la conclusión de la misma, es decir, a los efectos y consecuencias previstas.

adecuada y la completa descripción de la situación. Este problema de consistencia no es sino un problema de interpretación del sentido de la norma, de las palabras de la norma. Volviendo al ejemplo del Dr. Ravic, se puede sostener que dar a conocer la verdadera identidad del Dr. Ravic no significa poner en peligro su seguridad, o que la obligación de prestar ayuda a un herido recae especialmente sobre los médicos mientras que los demás estaríamos exentos de tal obligación. ¿Cómo interpretar quién está obligado a prestar ayuda? ¿Cómo interpretar que la propia seguridad está en peligro?

La solución de tales problemas de interpretación viene de la mano de las denominadas *reglas del uso de la palabra* (*word usage rules*) o reglas de interpretación. Éstas postulan la identidad semántica de los términos usados en la norma y en la descripción de la situación[34] concentrada en su adecuada aplicación. Como correctamente advierte Günther, la aplicación (adecuada) de las normas no puede reducirse a esta identidad semántica. Una simplificación tal supondría un fatal error para el razonamiento práctico por dos razones. En primer lugar, porque la relevancia de los aspectos de una situación estaría predeterminada por lo que la norma considere como tal. Es decir, se considerarán como relevantes sólo los aspectos de una situación que coincidan con los recogidos en la situación descrita por la norma sin que tal elección resulte justificada. En segundo lugar, la reducción de la aplicación de la norma a una cuestión de consistencia semántica significa una confusión entre la actividad de justificación y de aplicación de la norma, e incluso se antepone la segunda a la primera.

5. El discurso de aplicación ¿es realmente un discurso distinto?

Las críticas que presentaré a continuación tienen por objeto la versión débil del discurso de justificación que sostiene Günther, y el contenido del discurso de aplicación a la luz del principio de coherencia como criterio formal.

5. 1. La versión débil del discurso de justificación

La primera tesis del razonamiento de Günther que culmina con la distinción entre discurso de justificación y de aplicación era precisamente la definición del primero como un discurso débil. Una norma es válida, dice

[34] Cfr. K. Günther, *The Sense of Appropriateness*, citado, p. 232. Al igual que otras reglas, las del uso de la palabra son objeto de un discurso sobre su validez, cosa que está fuera del alcance del discurso de aplicación. En el discurso jurídico, la justificación de estas reglas se realiza mediante los precedentes, los principios de la doctrina o los cánones de interpretación; en el discurso moral, estas reglas sólo pueden justificarse mediante otras normas válidas.

esta versión débil, si las consecuencias y efectos de su aplicación son aceptados por todos bajo circunstancias que se consideran inalterables[35].

A diferencia de lo que ocurre en un discurso de justificación formulado de manera fuerte, la validez de las normas, según su interpretación débil, no depende de su aceptación para cada caso concreto, es decir, no hay que adelantar todas y cada una de las posibles situaciones de aplicación de una norma. Un ejercicio tal es imposible en circunstancias de tiempo determinado y conocimientos limitados. El discurso de justificación (débil) asume así, y éste es su gran acierto, la situación real de deliberación en la que tiene lugar.

A pesar de este acierto, Günther genera cierta confusión cuando dice: «No hay, sin embargo, restricciones en relación con las personas admitidas: se le debe permitir la participación en el proceso de validez a todo aquel cuyos intereses puedan ser afectados por la aplicación de una norma»[36].

Parece que Günther adapta el discurso de justificación a las condiciones reales del discurso práctico *sólo deforma parcial*, ya que acepta el límite de tiempo y conocimiento pero no el de participación en el discurso práctico. Alexy resume de manera impecable tal contradicción: el discurso de justificación en su dimensión empírica (tiempo y conocimiento) es real, mientras que en su dimensión de participación permanece siendo un discurso ideal[37].

Una participación ilimitada, como indica Alexy, sólo puede realizarse de manera aproximada[38]. Efectivamente, si una norma se acepta bajo circunstancias inalterables, significa que los afectados por el cumplimiento de la norma sólo pueden determinarse de manera aproximada y no absoluta. Habrá que esperar al caso concreto, a la consideración de sus aspectos relevantes para saber quiénes resultarán afectados en sus intereses. Si una participación limitada parece una condición obvia del discurso de justificación, cabe preguntarse entonces por qué Günther se resiste a aceptarla. La respuesta a esta cuestión concierne, como explicaré a continuación, a la distinción entre discurso de justificación y de aplicación y por extensión a su concepto débil de justificación.

En el discurso de justificación débil, el criterio de validez depende, debo repetirlo, de la aceptación de todos los afectados por el cumplimiento de una norma, bajo circunstancias que se consideran inalterables. El efecto de este concepto no es tanto la incorporación de las condiciones reales del discurso a la deliberación sobre la validez de las normas, cuanto la distinción

[35] *Ibídem*, p. 35.
[36] *Ibídem*.
[37] Cfr. R. Alexy, «Justification and Application of Norms», en *Ratio Juris*, n. 6, 1993, p. 159.
[38] *Ibídem*.

entre un aspecto participativo y otro empírico que luego fundamentará la distinción entre justificación y aplicación.

En concreto, Günther asocia la participación (ilimitada) de los afectados a la aceptación de la norma y por lo tanto a su validez. Este sentido fuerte de participación contrasta con el aspecto empírico (limitado), que en el discurso de justificación queda reducido a la situación de aplicación considerada sólo en sus circunstancias inalterables. La norma ya es válida, en tanto que aceptada por todos, y la consideración de todos los aspectos de un caso concreto será irrelevante para la justificación. Günther logra así fundamentar la necesidad de introducir un nuevo discurso, el de aplicación, centrado en la deliberación de la concreta situación de aplicación.

Ahora bien, si el discurso de justificación tuviera lugar en condiciones de tiempo, conocimiento y participación limitada (cosa que Günther no acepta), la distinción entre un aspecto participativo (de aceptación) y otro empírico (tiempo y conocimientos limitados) no tendría sentido, y por lo tanto sería irrelevante una distinción entre justificación y aplicación de las normas. En concreto, sería imposible sostener un concepto de validez que estuviera determinado exclusivamente por la aceptación de todos los afectados. Junto a las restricciones de tiempo y conocimiento se deberán incorporar también límites a la participación. A este punto, convendría hablar de un discurso real, en lugar de una versión débil de justificación. La distinción relevante para el discurso práctico no sería tanto la de justificación/aplicación, cuanto la de discurso ideal y discurso real[39].

Más categórica, si cabe, es la crítica de Weinberger en relación a la oposición entre discurso ideal y discurso real, una constante en toda la filosofía discursiva[40]. Sostiene que los filósofos de la teoría del discurso han (ab)usado la terminología teórica-discursiva pero han dejado de lado la complejidad del discurso real[41].

La estrategia utilizada por la teoría discursiva, y ésta es una crítica igualmente extensible a Günther y a Alexy, ha sido la de justificar la necesidad de un discurso real mediante el discurso ideal. Es decir, la atención se ha dirigido no a la complejidad del discurso real sino a la elaboración de un modelo comunicativo, el discurso ideal, cuyas condiciones sólo pueden satisfacerse de manera aproximada. En opinión de Weinberger, más que de un discurso definido como el mejor, nos encontramos ante un discurso imposible,

---

[39] *Ibídem*. p. 160.

[40] Esta oposición explica la introducción del discurso de aplicación (en el caso de la tesis de Günther) o la *tesis del caso especial* (de Alexy).

[41] Cfr. O. Weinberger, «Basic Puzzles of Discourse Philosophy», en *Ratio Juris*, 1996. p. 177.

cuyas condiciones no sólo no pueden realizarse aproximadamente, sino que además fracasa en su intento de dar requisitos indispensables para el discurso[42].

Efectivamente, las características del discurso ideal, continuación ilimitada de la discusión, participación ilimitada, ausencia de poder, conocimientos universales, y corrección relativa[43] no son realizables de manera aproximada (tal y como sostiene Alexy) y por lo tanto no pueden servir de requisitos en un discurso como el real en el que se tiene que llegar a un límite: algunas personas no tienen capacidad para participar, no existe ninguna situación libre de poder, los participantes carecen de conocimientos divinos y la posibilidad discursiva es una noción demasiado débil[44].

5.2. El contenido del discurso de aplicación

Si la crítica al discurso de justificación, tal como lo plantea Günther, se apoyaba en la confusión entre condiciones ideales o reales del discurso, la del discurso de aplicación se fundamenta también en otra confusión: en este caso entre actividad justificativa y de aplicación. Sostendré que el concepto de coherencia propuesto por Günther deja la puerta abierta a un discurso de justificación *sui generis*.

Como se recordará, en el discurso de aplicación resultaba de capital importancia la descripción completa de la situación a fin de determinar la adecuación de una norma al caso. Utilizando de nuevo el ejemplo del Dr. Ravic, la completa descripción, considerados sus aspectos relevantes, era formulada así: se debe asistir a un herido grave aunque ello vaya en detrimento de la propia seguridad. El principio de coherencia, como principio formal, justifica la elección de unos aspectos (el prestar ayuda a quien la necesita) en menoscabo de otros (gozar de cierta seguridad que en el caso del Dr. Ravic se traduce en evitar caer en manos de la policía francesa y luego en las de la Gestapo). Así descrita la situación, de las normas en conflicto, *hay que socorrer a un herido y garantizar la propia seguridad*, sólo una, la primera, será la adecuada en sus aspectos relevantes a la anterior descripción, y por lo tanto, será la norma que resulte aplicada.

Para Alexy una proposición como *hay que socorrer a un herido aunque para ello haya que poner en peligro la propia seguridad* no es tanto la descripción de una situación de aplicación, cuanto una decisión concreta, una norma individual nueva, en tanto que no deriva lógicamente ni de *hay que*

[42] *Ibídem*, p. 174.
[43] En el sentido de posibilidad discursiva.
[44] Cfr. O. Weinberger, «Basic Puzzles of Discourse Philosophy», citado, pp. 174-175.

socorrer a un herido ni de *no hay que poner en peligro la propia seguridad*; y una norma, finalmente, cuyo contendido normativo hay que justificar[45].

Incluso si se considerara que la proposición *hay que socorrer a un herido aunque para ello se ponga en peligro la propia seguridad* es la descripción del caso concreto (y por lo tanto carente de algún valor normativo), tal descripción necesitará ser justificada[46]. Efectivamente, en el discurso de aplicación hay que justificar la elección de los aspectos (moralmente) relevantes de cada situación. El criterio ofrecido para ello es el de coherencia, entendido como criterio formal[47].

El concepto de coherencia, que representa una relación entre la norma adecuada, el resto de normas aplicables y la situación concreta, no sirve para determinar qué aspectos son relevantes en cada situación. Aquí reside su mayor defecto, que es un criterio vacío. De otro lado, sin embargo, su «metamorfosis» en un concepto material, más útil para determinar la relevancia de los aspectos morales de una situación, no significa sino la transformación del discurso de aplicación en un discurso de justificación.

Una última crítica que se puede dirigir a la teoría del discurso de aplicación es su fracaso a la hora de explicar el contenido de la actividad de aplicación de las normas. Günther indicaba que lo realmente relevante para el discurso de aplicación es el si y cómo se aplican las normas válidas. Una vez analizada la lógica de este discurso, parece que logre su objetivo sólo a medias. Aunque se aceptara que el discurso de aplicación consigue establecer qué norma aplicar (la norma adecuada), la teoría de Günther, sin embargo, se queda lejos de indicar cómo se debe aplicar esta norma al caso concreto. Aparentemente, resuelve tal carencia refiriéndose a la regla de consistencia semántica y a las reglas de interpretación. Sin embargo, indica también que éstas necesitan a su vez ser justificadas en un discurso sobre su validez. Se produce aquí una conexión entre justificación y aplicación que bien podría entenderse como una confusión entre ambas actividades.

6. Conclusiones

En el ámbito del discurso práctico general, la teoría de Günther representa un magnífico esfuerzo por adaptar la actividad discursiva a las condiciones

---

[45] *Ibídem*. p. 165.

[46] «El discurso de aplicación y el principio de adecuación -sostiene Günther- sirven a la aplicación de normas válidas y a la justificación de la decisión concreta» (K. Günther, «Critical Remarks on Robert Alexy's Special-Case Thesis», citado, p. 155). La justificación a la que se refiere tiene como objeto la descripción del caso concreto.

[47] Günther rechaza otros criterios materiales, por considerar que ponen en peligro la exclusividad del discurso de aplicación, en otras palabras, porque permiten la introducción de cuestiones de validez en este discurso.

reales de deliberación (si bien sólo de forma parcial en tanto que Günther acepta los límites de tiempo y conocimientos pero no de participación). Esta adaptación no requiere (como propone Alexy) la introducción del elemento institucional del derecho, y sí -he aquí el punto esencial de la obra de Günther- la introducción del discurso de aplicación.

La conclusión última de la teoría de Günther es la distinción dentro del razonamiento práctico general de dos actividades complementarias entre sí: la de justificación y la de aplicación de las normas. Creo, sin embargo, que esta distinción es más ficticia que real y que en definitiva fracasa el intento de justificar la introducción del discurso de aplicación.

Para aplicar adecuadamente una norma (válida), dice Günther, es necesario (debo reiterar las líneas esenciales del discurso de aplicación) la completa descripción de la concreta situación de aplicación en sus aspectos (morales) relevantes. Sólo esta descripción, sostiene Günther, permite determinar qué norma es la adecuada al caso. La elección de unos aspectos del caso concreto en detrimento de otros debe justificarse según el criterio de coherencia (interpretado como criterio formal). Se llega así a enunciados del tipo *hay que socorrer* ti *un herido aunque ello ponga en peligro la propia seguridad* que no son sino la descripción de un caso que justifica la aplicación de la norma adecuada. En otras palabras, en el caso concreto que he elegido como ejemplo se aplica la norma *hay que socorrer un herido* por que *hay que socorrer a un herido aunque ello ponga en peligro la propia seguridad*. En definitiva, lo que se consigue siguiendo el discurso de aplicación de Günther es justificar una decisión final mediante la justificación de una completa descripción del caso en sus aspectos relevantes. Si en lugar de aplicación se hablara de justificación de las normas en un sentido fuerte (según la versión fuerte de U), posiblemente se llegaría al mismo enunciado (*hay que socorrer a un herido aunque ello ponga en peligro la propia seguridad*) aunque más que descripción del caso se hablaría de norma (singular) cuyo contenido hay que justificar. En definitiva, tanto la actividad de adecuada aplicación cuanto la de justificación en sentido fuerte justifican una decisión final. A ésta se le puede denominar descripción del caso o enunciado normativo, hasta ahí las diferencias entre aplicación y justificación de las normas.

POSTPOSITIVISMO

Ofrecer un panorama de las teorías postpositivistas no es sencillo porque deberíamos tener un criterio claro de qué es positivismo y en qué difiere el positivismo del postpositivismo. Se podría afirmar que es postpositivista toda aquella teoría que ataca las dos tesis más importantes del positivismo conceptual: la tesis de las fuentes sociales del derecho y la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Creo que ésa es una posibilidad pero me parece que en el seno del positivismo esas tesis han sufrido modificaciones importantes. En un cierto sentido la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas.

Dedicaré mi atención a algunos de los principales problemas actuales de la teoría jurídica y denominaré postpositivistas a las teorías contemporáneas que ponen el acento en los problemas de la indeterminación del derecho y las relaciones entre el derecho, la moral y la política. Por supuesto que existen otros problemas importantes, como los que sugieren la aceptación del punto de vista interno y sus compromisos morales en su caso, o las concepciones que mantienen que la pretensión de rectitud forma parte del concepto del derecho. Pero no es posible afrontar tantos temas en este artículo y me limitaré a un reducido número de problemas.

Las tesis del positivismo jurídico

La teoría positivista del derecho sostiene básicamente que el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho dictado por los hombres y que, además, la teoría posee los métodos adecuados para determinar qué es lo que establece el derecho. El enfoque positivista clásico kelseniano defendía el *positivismo metodológico* según el cual el único objeto de la ciencia del derecho es el derecho positivo.

El positivismo conceptual se asocia con dos tesis importantes. En primer lugar, la defensa de la teoría de las fuentes sociales del derecho y en segundo lugar, la tesis de la separación entre el derecho, la moral y la política. Según el positivismo, el derecho es una cuestión de normas dictadas por autoridades humanas que se manifiestan en unas fuentes sociales determinadas. Uno de los problemas más importantes es identificar estas fuentes del derecho y distinguirlas de otros sistemas normativos. La teoría de las fuentes sociales del derecho nos señala los *límites* del derecho.

Por otra parte, la autonomía del derecho supone que no hay una conexión necesaria entre el derecho, la moral y la política. Esa tesis puede entenderse y se ha entendido de maneras diversas. Una de las más relevantes es la que exige una distinción estricta entre el derecho y su justificación, el derecho es derecho aunque sea injusto. Para conocer el derecho no es necesaria la evaluación moral. Von Wright expresó una de las consecuencias de esta idea con claridad cuando afirmó que «la moralidad trasciende la legalidad en el sentido de que censura las leyes y las decisiones de los tribunales de justicia. Por esta razón nunca puede ser incorporada en el tipo de orden coactivo que constituyen las leyes del estado.» (Von Wright, 1997, p. 108). En la agenda postpositivista ésta es una de las tesis más discutidas pues autores como Fuller y Dworkin sostienen que la evaluación moral es necesaria tanto para entender como para describir el derecho (Brian Bix, 1996, p. 237). «Dworkin does not claim that morality is a criterion of legality... in interpreting the meaning of legal rules it is often necessary to consult moral principles.» (Jules Coleman, 1996, p. 242, Dworkin, 1996, p. 12-15).

Postpositivismo

Si nos planteamos ahora el problema del postpositivismo ¿qué queremos decir con esto? ¿Acaso defenderemos la idea de que el positivismo está superado? ¿Acaso todas las doctrinas y teorías actuales son antipositivistas?

Me parece que más que la superación del positivismo estamos ante un *desplazamiento* de la agenda de problemas que interesan y, en algunos casos, a un cierto distanciamiento de algunas de las tesis que eran sostenidas de forma mayoritaria por las teorías positivistas. Algunos autores han llegado a defender que el positivismo es autodestructivo porque si se llevan sus tesis hasta sus últimas consecuencias se desemboca en el antipositivismo (Tuori, 1997 y Goldsworthy, 1990, Shiner, 1992). Por supuesto que no voy a dar un esquema completo de cuáles son todos los problemas importantes.[1]

[1] Para un análisis de las principales tesis del positivismo véase Roger Shiner: Norma and Nature op. cit., en donde analiza el positivismo desde la perspectiva de las razones para la acción, la autoridad, el punto de vista externo e interno, la aceptación del derecho, Principios y discreción, Interpretación y semántica, y el bien común.

Me preocuparé de las dos tesis fundamentales del positivismo. El problema de los límites del derecho y el problema de la conexión entre el derecho y la moral.

1.- *Los límites del derecho*. La teoría de las fuentes sociales del derecho pretende responder a la cuestión de los límites del derecho. Hart, por ejemplo, sostuvo que el derecho se puede identificar como un hecho social y que el núcleo del derecho se encuentra en estas fuentes sociales. Hart no sólo defendió la teoría de las fuentes -es decir que las decisiones del pasado determinan cuál es la respuesta que debe darse jurídicamente- sino que además añadió la tesis -en su teoría de la adjudicación- de que pueden existir casos difíciles y, por tanto, el juez puede ser un legislador intersticial.

Su centro de atención estuvo en los casos usuales, en el derecho determinado. El derecho como sistema normativo está institucionalizado mientras que otros sistemas normativos -como los sistemas morales- carecen de institucionalización. La indeterminación del derecho es excepcional y no puede establecerse por adelantado. Hart contesta a la cuestión de la determinación del derecho sosteniendo que las decisiones del pasado normalmente determinan las decisiones del presente. El objeto principal de la teoría del derecho es conocer, describir, y explicar estas convenciones del pasado. Es posible que los jueces se encuentren con casos difíciles y que utilicen criterios extrajurídicos para resolverlos, pero desde una posición como la de Hart el derecho es el conjunto de hechos sociales que se pueden identificar mediante métodos específicos. Cuando el juez utiliza otros elementos no está aplicando el derecho sino que está inventando el derecho.

Podríamos concluir que uno de los objetivos fundamentales de Hart -y también de su escuela- fue establecer los límites del derecho y distinguir los elementos jurídicos de los extrajurídicos. Su regla de reconocimiento se construye precisamente para identificar el derecho. (Hart 1961).

El postpositivismo cambia la agenda de problemas porque presta especial atención a la indeterminación del derecho. Se desplaza el centro de atención de los casos claros o fáciles a los casos difíciles. Lo que interesa no es tanto averiguar las soluciones del pasado sino resolver los conflictos que todavía no están resueltos. La pregunta de Hart -para resolver los problemas de adjudicación- se dirige a plantear cuáles son las convenciones del pasado, y el papel preponderante que deben tener estas convenciones para resolver las decisiones futuras, mientras que la pregunta a la que los postpositivistas quieren responder no hace referencia al pasado sino al futuro. En un cierto sentido un hartiano ofrecería al jurista un conjunto de previsiones acerca de cómo se han resuelto en el pasado los problemas que se plantean. Cuando un abogado asesora a un cliente, normalmente lo que hace es plantearle cuáles son las soluciones de los casos semejantes al planteado.

Sin embargo, el postpositivismo no presta sólo atención al pasado sino también al futuro y, en este caso, lo que interesa es persuadir a los destinatarios -normalmente jueces- de que su solución o propuesta es la más correcta. En este sentido, podríamos señalar que las doctrinas postpositivistas están más interesadas en los problemas que origina la indeterminación del derecho que en describir las convenciones del pasado. No ignoran la institucionalización del derecho pero lo que interesa es lo que está más allá de los límites estrictamente institucionalizados. El centro de atención se ha desplazado a la indeterminación y a la solución de los casos indeterminados. Los casos difíciles ya no serían vistos como casos excepcionales para el estudio del derecho sino que ocupa el centro de la agenda de la teoría del derecho.

La pregunta importante ya no se dirige sólo hacia el pasado sino también hacia el futuro. El postpositivismo pone la atención en la pregunta qué se debe hacer ante un caso difícil. La respuesta del positivismo era acudir a las convenciones pasadas y excepcionalmente acudir al legislador intersticial. Pero cuando el razonamiento judicial se efectúa fuera del dominio del derecho nos encontramos con la tierra incógnita. (Gerald Postema, 1996, p. 110). No deja de ser curioso que cuando más necesitamos orientación, la teoría positivista enmudece. La teoría positivista como teoría del derecho es incompleta porque necesita una teoría de la adjudicación que enfoque cómo deben razonar los tribunales con los materiales ofrecidos por las fuentes del derecho y por los otros materiales. Buena prueba de esta tesis es la escasa atención que ha prestado el positivismo jurídico a la interpretación, entendida como una teoría que pretende ofrecer criterios para resolver casos difíciles. Las razones que muchos positivistas tenían para enmudecer eran coherentes con su posición emotivista, pues los criterios para decidir en los casos difíciles exigen compromisos valorativos, y según su concepción de la ciencia no es posible prescribir porque el postulado de la separación entre el derecho y la moral no se lo permite.

Ahora bien, el postpositivismo acepta que las fuentes del derecho no ofrecen respuesta a muchos problemas y que se necesita conocimiento para resolver estos casos. Algunos son escépticos acerca de la posibilidad del conocimiento práctico, pero en líneas generales se podría afirmar que existe un esfuerzo por la búsqueda de instrumentos adecuados para resolver estos problemas. (Dworkin y Soper pueden ser buenos ejemplos).

Si eso es cierto, entonces se diluye la rígida distinción entre la descripción y la prescripción. Las teorías del derecho tienden a ofrecer no sólo aspectos cognoscitivos referidos a hechos sociales del pasado sino que tienen también pretensiones prescriptivas, en el sentido de ofrecer criterios adecuados para resolver problemas prácticos. Desde el análisis económico del

derecho hasta las posiciones de jurisprudencia valorativa, proclaman la necesidad del uso de instrumentos para resolver problemas. Muchas veces se importan de otras disciplinas y en los últimos tiempos existe, por ejemplo, un gran interés por la filosofía moral y política porque son instrumentos que sirven para resolver los problemas con un contexto de justificación un poco superior a la mera intuición. (Postema, 1996). Dworkin ha insistido en la lectura moral de la constitución poniendo de manifiesto el papel de la moral en la lectura de los problemas constitucionales y denunciando la hipocresía del presupuesto de neutralidad propuesto por el positivismo.[2] Hart (1961, 135) ya se había lamentado de la judicialización de la teoría jurídica, pero el fenómeno de la judicialización y el enfoque de los problemas de aplicación no ha hecho más que aumentar desde entonces hasta tal punto que hoy constituye uno de los pilares del conocimiento jurídico. Más que informaciones de lo que se hizo en el pasado necesitamos herramientas para enfrentamos a los problemas no resueltos.

Pero la posición de que la teoría puede ofrecer respuestas a los casos difíciles ha sido puesta en cuestión por el escepticismo. Cass Sustein (1996), por ejemplo, desconfía de la posibilidad de la construcción de grandes teorías coherentes -teorías en mayúsculas-, que sirvan para fundamentar las soluciones jurídicas. Sustein sostiene que los argumentos teóricos del derecho son incompletos y que lo máximo a que podemos aspirar es al análisis de casos y a la utilización de métodos analógicos. La pretensión de construir teorías abstractas y generales que reduzcan la indeterminación del derecho es una quimera. Las doctrinas escépticas tienen una buena representación en el panorama postpositivista y muchos positivistas -a la antigua usanza- son escépticos no acerca de la teoría del derecho sino acerca de la posibilidad de construir criterios generales que reduzcan la indeterminación. En el ámbito anglosajón el realismo jurídico extremo del movimiento Critical Legal Studies es otro buen ejemplo de escepticismo cuando sostiene que el derecho es siempre indeterminado y que no sirve para resolver las disputas. La gente resuelve las disputas según la perspectiva que tenga -feminista, racial- y es mejor reconocer que es así. El derecho sería un instrumento de poder y carece de objetividad. Su eslogan es explícito: Todo es política. (Calsamiglia, 1992).

Los positivistas no niegan que los jueces hagan juicios morales y políticos para fundamentar sus decisiones o cuando responden a las cuestiones

[2] Dworkin, 1996, p. 37, sostiene que «It is no surprise, or occasion for ridicule or suspicion, that a constitutional theory reflects a moral stance. It would be an occasion of surprise if it did not... text and integrity do act as important constraints, as I have been emphasizing throughout this discussion. But though these constraints shape and limit the impact of convictions of justice, they cannot eliminate that impact.»

jurídicas. Como dice Postema los tribunales deben razonar con materiales basados en las fuentes y otros no basados en las fuentes. (Postema, 1996, p. 110). Los positivistas simplemente señalan que eso es excepcional y que los jueces no sólo aplican el derecho sino que a veces los jueces directamente inventan el nuevo derecho sin seguir las fuentes sociales. Algunos consideran que es un error judicial inventar. El problema es si eso es o no es muy frecuente y si su ámbito es tan importante que hace inservible el análisis de las fuentes del derecho para una teoría de la adjudicación. En principio podríamos decir que un positivista debería considerar que los errores o las invenciones son cuantitativamente y cualitativamente poco importantes porque, si se admitiera que lo son, socavaría la utilidad de las fuentes identificadas. Pero esta tesis es implausible porque muchos cambios importantes del derecho se producen por caminos distintos del seguimiento de las fuentes. Como ha señalado Kent Greenawalt (1996, p. 15) la posición teórica del positivismo no ofrece respuesta a cuánto se resuelve con los datos de las fuentes y cuánto se resuelve sin tener en cuenta estos datos. Resolver esta cuestión es importante si lo que se pretende es ofrecer respuesta a los problemas prácticos. Y todavía quedaría una última cuestión kripkiana por resolver. Hasta qué punto el positivismo puede hablar del seguimiento de reglas sin responder a las objeciones de los escépticos wittgenstenianos.[3]

En síntesis, podríamos afirmar que una de las tendencias más importantes de la teoría jurídica contemporánea es su insistencia en los problemas que presenta la indeterminación del derecho. Lo que interesa al jurista, desde el punto de vista práctico, es hasta qué punto las fuentes sociales ofrecen respuesta a los problemas que se plantean y el positivismo no sólo reconoce que hay elementos en las decisiones de los jueces que son indeterminados sino que no tiene ningún método que le permita distinguir entre lo determinado y lo indeterminado porque casos paradigmáticos se pueden poner en cuestión. Si todos los elementos que sirven para la toma de decisiones estuvieran predeterminados, entonces sí que se podría presuponer con sentido que el juez sólo debe aplicar el derecho. El debate sobre la indeterminación del derecho ha agudizado nuestra comprensión del derecho ya que muy pocos son los que mantienen hoy que el derecho determina estrictamente todas las decisiones. (Ernest Weinrib, 1988, 1996). El formalismo estricto se ha rechazado. (Rosenfeld, 1998, p. 45 y ss.). Eso tiene efectos importantes para la concepción liberal del derecho ya que se reconoce la indeterminación y se han introducido distinciones interesantes como la de Kress acerca de si la indeterminación es metafísica o epistémica o la de Coleman

[3] Véase la tesis de Maria Luisa Iglesias sobre la discreción judicial que se publicará en Kluwer en 1999, que estudia el problema del seguimiento de reglas.

y Leiter que hace referencia a la indeterminación de las causas o de las razones. En todo caso, como resultado del debate se desprende que tanto el formalismo estricto, así como la tesis de la indeterminación absoluta es implausible (Solum, 1996, p. 488).

Otro aspecto muy importante de este cambio de agenda es el cambio de enfoque del centro del análisis del derecho. Los positivistas -y en cierta medida también los iusnaturalistas- tenían al legislador como el centro básico de análisis de la ciencia jurídica. El postpositivismo ha desplazado el centro de atención de la legislación a la adjudicación. El intérprete del derecho y el juez ocupan el lugar que antes ocupaba el legislador como objeto de análisis. Este enfoque general es coherente con la idea anterior que hacía referencia al interés por el derecho indeterminado y por la resolución de casos difíciles. Creo que las herramientas positivistas son adecuadas para el análisis de las normas pero la teoría positivista es incompleta porque no ofrece herramientas adecuadas para una teoría de la adjudicación. La única solución coherente al problema de la adjudicación es defender que cuando los jueces inventan el derecho cometen un error. Pero defender este punto de vista es implausible porque todos los cambios jurisprudenciales deberían calificarse de errores y para la teoría de la adjudicación deberíamos usar el arsenal positivista más los errores. La teoría jurídica moderna debe ayudar a comprender el derecho contemporáneo, el derecho que usan los juristas y los participantes en una sociedad. Calificar de errónea la evolución general del derecho actual es un fuerte indicio de que nuestra teoría es incapaz de dar cuenta del fenómeno jurídico.

2.- El segundo problema que quiero tratar es la tesis positivista de *la no conexión necesaria entre derecho y moral*. Esta tesis se puede entender de muchas maneras. Una de las más relevantes es que el derecho no pierde su juridicidad por ser injusto. Una cosa es el derecho que es y otra muy distinta es el que debe ser. Estas distinciones son típicamente positivistas.

Un primer desplazamiento posible del problema sería considerar que el razonamiento moral juega un papel importante en el razonamiento jurídico y que, por tanto, hay una relación intrínseca entre el derecho y la moral. Una posible vía de introducción del tema podría ser la inclusión de principios morales en los ordenamientos jurídicos. En muchas constituciones modernas se introducen conceptos muy abstractos que requieren decisiones para atribuirles significado y el tipo de justificación es una justificación moral. El mejor positivismo -el de Hart- concedió que existía un mínimo de moralidad en el derecho. La discusión actual se plantea si esa conexión entre derecho y moral es contingente o necesaria. Algunas defensas del positivismo reconocen que existen derechos positivos que incorporan principios morales pero que esa relación es contingente, no necesaria -tal es el caso de

Coleman con su teoría del negativism positivism- Como afirma Coleman «The idea is that moral principles can figure in the law as binding standards only if they are identified as such under a rule of recognition. In that case, it is not their morality as such that makes them law; rather, it is the fact that they meet the demands set forth in the rule of recognition» (Coleman, 1996, p. 250). La tesis de la separación se mantiene porque lo que convierte en jurídico un principio moral no es su verdad sino la regla de reconocimiento.

Otras defensas del positivismo continúan manteniendo que no existe ninguna conexión necesaria porque si la hubiere no podría ejercerse la crítica del derecho positivo. También existen explicaciones como las sugeridas por Raz (1979) y Marmor (1991) que los jueces consideran como si los principios morales fueran jurídicos para desresponsabilizarse y ocultar su labor discrecional.

Lo interesante a destacar no son sólo las diversas posibilidades de defensa de la tesis de la separación sino ese desplazamiento hacia la relación entre el derecho y la moral en el seno de la reflexión positivista y su discusión con las teorías que afirman esa conexión.

Otro desplazamiento importante, profundamente relacionado con el anterior, es el que se refiere a cómo son los conceptos jurídicos y cómo funciona el juego del derecho. En los derechos positivos encontramos conceptos contestados que son muy abstractos y que están teñidos de valoración. Esos conceptos contestados sólo se pueden usar si existen concepciones que determinan el contenido significativo del concepto pero se admite -por razón del pluralismo- que existen concepciones contradictorias que conviven en un mismo derecho. Para justificar las concepciones se necesitan criterios morales y políticos. Esas concepciones dotan de sentido a los casos concretos que justifican. Ejemplos de conceptos contestados son el de igualdad, libertad de expresión, libertad de asociación, privacidad o vida, todos ellos conceptos incluidos en las constituciones y que requieren una concepción determinada para poder ser usados. Desde la filosofía del lenguaje dominante en el positivismo se vislumbra el problema de la vaguedad. (Waldron, 1994). Seguramente este instrumental es inadecuado para captar lo que nos interesa de los conceptos contestados y seguramente esta concepción es tributaria de una clasificación de conceptos que no incluye en su seno los conceptos contestados.

Los conceptos jurídicos no siempre son como los conceptos físicos, por ejemplo el mineral plata, cuya intensión es relativamente fácil de determinar y, por tanto, es fácil de usar. En el mundo del derecho también existen conceptos contestados cuya intensión se puede construir de formas muy diversas y nuestra sociedad admite -y está interesada en la discusión de- cuál es la concepción que merece ser institucionalizada. El problema no es sólo

de significado sino de criterio normativo: ¿cuál es la concepción más correcta entre las muchas que admite el concepto más abstracto y general? ¿Qué criterio de aplicación en pugna debe usarse y cómo afecta al significado del concepto? La respuesta no es sólo de análisis del pasado sino de justificación moral y política. Si queremos identificar los conceptos contestados no podemos limitamos solamente al pasado porque éste es insuficiente. La propia estructura conceptual presupone que existe un núcleo de desacuerdo valorativo que es importante en esta sociedad y que es una llamada de atención para que se discuta y se profundice. Una descripción de las diversas posibilidades de desacuerdo en el pasado no agota el problema (Véase Gallie, 1955 y Waldron, 1994).

Desde este punto de vista también, la relación entre el derecho y la moral se construye de forma problemática porque para el uso de conceptos jurídicos importantes se necesita una concepción moral y política que determine el criterio de uso. Por supuesto que no cualquier concepción puede defenderse, debe defenderse una que pueda persuadir a los demás, que concuerde con las instituciones y que tenga una justificación poderosa. (Dworkin, 1996). Las concepciones son constructivas en el sentido de que tratan de ofrecer criterios que justifiquen el uso de conceptos contestados y además concuerden con los casos paradigmáticos que suponen acuerdos. Pero esas teorías constructivas pueden poner también en cuestión casos que hasta ese momento no eran controvertidos.

Otro problema importante -profundamente relacionado con el anterior- es si la evaluación juega algún papel en la identificación del derecho. En principio el punto de vista del positivismo es el del observador, pero existen dudas acerca de si juega algún papel la evaluación en la descripción, ¿es posible la identificación del derecho sin evaluación? Cuando un abogado aconseja a su cliente y prevé cuáles serán las consecuencias de ciertos hechos. ¿Existe algún proceso de evaluación controlado o es libre absolutamente de ella? Autores como Schauer (1996) defienden la idea de que primero es necesario identificar y luego evaluar mientras que otros autores como Dworkin (1986, p. 45 y s.) sostendrían que el derecho es interpretativo y la evaluación y la construcción juegan un papel importante ya en el proceso de identificación.

Otro de los centros de atención es el plantear hasta qué punto el participante y el observador comparten una misma visión del derecho desde el punto de vista cognoscitivo. Las posiciones de Bulygin, Laporta o Bayón son buenos ejemplos del ámbito de esta discusión. Finnis por ejemplo, ha mantenido que la versión del participante-aceptante tiene un privilegio epistemológico mientras que Laporta sostiene una posición de convergencia entre el punto de vista externo e interno.

Otro punto interesante a destacar es el desplazamiento desde la teoría general del derecho hacia concepciones del derecho más cercanas al derecho positivo, más locales, menos generales y con más incidencia en comprender y usar mejor el derecho. Las teorías del derecho tienen corno función la mejor comprensión del derecho y deben ofrecer instrumentos adecuados para construir una tecnología para resolver mejor los problemas sociales. Seguramente uno de los principales desplazamientos reside, precisamente, en pedir a la teoría que ofrezca instrumentos para pensar e imaginar soluciones a los problemas que no tenemos resueltos. En otras palabras una teoría de la derogación que esté tan alejada del derecho positivo que no pueda interesar ni ofrecer instrumentos para ordenar mejor el material tiene algún problema como teoría.

Para ordenar la posible discusión quisiera destacar que dos de los principales problemas que sugiere el denominado postpositivismo son los de la indeterminación del derecho y la conexión entre el derecho y la política. Podríamos señalar una tendencia a preocuparse más por el derecho indeterminado que por el determinado, más por las consecuencias prácticas y prescriptivas que por las descriptivas. Existe también una dificultad para encontrar criterios que permitan establecer qué es lo que está determinado y hasta qué punto la evaluación juega un papel en la identificación. Por otra parte, existe un desplazamiento hacia la consideración de la conexión entre el derecho y la moral. Existen posiciones que sostienen un pragmatismo extremo, pero dentro de la tradición positivista se ha ido estudiando el papel de los principios, las concepciones y conceptos contestados. Pienso que el postpositivismo es heredero del positivismo y desplaza su centro de atención hacia problemas que sugieren una rectificación o matización de algunas de sus tesis más importantes: La indeterminación del derecho y la conexión entre el derecho y la moral están en la agenda prioritaria de la reflexión actual.

Las herramientas que ofrece la identificación de las normas del legislador son insuficientes para construir una teoría de la adjudicación que sea mínimamente útil para el que debe tomar decisiones. Una teoría de la adjudicación no se puede construir desde el punto de vista positivista porque la imaginación creativa de los nuevos argumentos no se puede canonizar, de la misma manera que no es posible establecer las reglas para la creación artística. Muchas veces el desafío a la tradición es una etapa necesaria para la emergencia de un nuevo estilo artístico. De modo análogo, tampoco quisiéramos tener una teoría de la adjudicación que ahogara toda posibilidad de mejora de nuestros argumentos. El equilibrio entre conservación de normas e innovación siempre ha sido uno de los objetivos de una teoría de la adjudicación.

Otra manera de entender este debate postpositivista consistiría en enfocar la crítica de las dos tesis precedentes -la tesis de las fuentes y la separación entre derecho y moral- dependiente de una tercera tesis fuerte que mantendría que en los casos difíciles el juez actúa discrecionalmente. El principal ataque de los postpositivistas tiene como objetivo la tesis positivista de la discreción judicial, y, para atacarla, se ven obligados a poner en cuestión tanto la tesis de las fuentes sociales del derecho como la tesis de la separación entre el derecho y la moral. Dejo apuntada ahí esa sugerencia que probablemente explicaría también ese desplazamiento de la agenda de la teoría postpositivista.

Bibliografía

Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan. Las Piezas del Derecho. Barcelona, Ariel, 1996.

Bayón, Juan Carlos. La Normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Bayón, Juan Carlos. Partecipanti, osservatori e identificazione del diritto. p. 47-63, en Paolo Comanducci y Riccardo Guastini eds. Struttura e Dinamica del Sistemi. Torino. Giappichelli, 1996.

Bix, Brian. Natural Law Theory. Dermis Patterson ed. Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford, Blackwell Publishers, 1996.

Bulygin, Eugenio. Enunciados Jurídicos y Positivismo Jurídico, en Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin. Análisis Lógico y Derecho. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

Calsamiglia, Alberto. Una visione del diritto del punto di vista del partecipante, pp. 57-76,en Analisi e Diritto, 1996.

Coleman, Jules. Legal Positivism, en Dennis Patterson ed.Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford, Blackwell Publishers, 1996.

Dworkin, Ronald. Law's Empire, Cambridge Mass. Belknap of Harvard University Press, 1986.

Dworkin, Ronald. Freedom's Law. Oxford University Press, 1996.

Finnis, John. The Truth in Legal Positivism, en Robert George ed. The Autonomy of Law. Oxford University Press, 1996.

W. B. Gallie: Essentially Contested Concepts. 56 Proceedings of Aristotelian Society. 167, 1955-56.

George, Robert ed. The Autonomy of Law. Oxford University Press, 1996.

Goldsworthy.The Selfdestruction of Legal Positivism, Oxford Journal of Legal Studies, 1990.

Greenawalt, Kent. Too Thin and Too Rich, en Robert George ed. The Autonomy of Law. Oxford University Press, 1996.

Hart, Herbert. The Concept of Law. Oxford, Clarendon Press, 1961.

Laporta, Francisco. Entre el Derecho y la Moral. México, Fontamara, 1993.

Marmor, Andrei. Interpretation and Legal Theory. Oxford University Press.
Postema, Gerald. Law's Autonomy and Public Practical Reason, en Robert George ed. The Autonomy of Law. Oxford University Press, 1996.
Raz, Joseph. The Authority of Law. Essays on Law and Morality. Oxford Clarendon Press, 1979.
Rosenfeld, Michel. Just Interpretations. Law Between Ethics and Politics. California University Press, 1998.
Schauer, Friedrich. Positivism as Pariah. Robert George ed. The Autonomy of Law. Oxford University Press, 1996.
Shiner, Roger. Norm and Nature. Oxford University Press, 1992.
Solum, Lawrence. Indeterminacy, en Dennis Patterson ed. Companion to Philosophy of Law and Legal Theory. Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
Sustein, Cass. Legal Reasoning and Political Conflict, Oxford University Press, 1996
Tuori, Kaarlo. Validez, Legitimidad y Revolución, en La Normatividad del Derecho. Barcelona, Gedisa,
Waldron, Jeremy. Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues. 82 California Law Review, 509, 1994.
Weinrib, Ernst. Legal Formalism. Companion to Philosophy of law and Legal Theory. Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
Weinrib, Ernst. Legal Formalism: On the Inmanent Rationality of Law. Yale Law Journal, 1988.
Von Wright: Es y Debe, en A.A. V.V. La normatividad del Derecho. Barcelona, Gedisa.

A R T Í C U L O S

PRIVACIDAD Y PUBLICIDAD

0

i) Dos ancianos libidinosos se esconden entre los árboles de un parque y observan a una bella joven mientras se baña. Violan su intimidad, intentan seducirla y, al no lograrlo, la calumnian acusándola de adúltera. Sólo la intervención de un niño salva a la joven de la muerte. La joven se llama Susana y el niño Daniel.[1] Lucas Cranach (el Viejo), Rembrandt y Berni se inspiraron en esta escena de espionaje privado, para deleite de los amantes del arte.

ii) Un cazador sorprende desnuda a una diosa mientras se baña en una fuente del bosque. Ovidio nos cuenta su historia: «El mismo color de que suelen teñirse las nubes cuando reflejan los rayos del sol, el mismo color que tiene la rosada Aurora, fue el que encubrió el rostro de la diosa al ser vista sin sus ropas; [...] le dijo en venganza estas palabras [...]: "Y ahora ve a contar por ahí que me has visto sin velos, si puedes."[2] Por supuesto que no pudo: la diosa indignada transformó al cazador en un ciervo que muere devorado por sus propios perros.» Ovidio agrega: «Los comentarios son discordes: algunos piensan que la diosa fue más cruel de lo necesario, mientras que otros la elogian y consideran que actuó de acuerdo con su estricta castidad; unos y otros aducen sus razones.»[3] La diosa se llama Diana y el cazador Acteón. Dos artistas del siglo XVII, Carlo Maratti y Gaspar Dughet, inmortalizaron pictóricamente la leyenda.

iii) A comienzos de 1973 dos médicos de reconocida fama llegaron a la conclusión clínica de que el candidato presidencial padecía arteriosclerosis y pericarditis. Si asumía el gobierno, no viviría más de un año. De este hecho estaba informado también otro posible candidato. Los tres personajes resolvieron respetar la intimidad del líder y no hacer pública esta noticia. El

---

[1] *Libro de Daniel*, 13.

[2] Ovidio, *Metamorfosis*, Madrid: Espasa 1994, págs. 143 s.

[3] *Ibídem*, pág. 146.

61,85% de los votantes lo eligió presidente el 23 de septiembre de 1973; el elegido no quiso falsear los pronósticos médicos y murió el 1º de julio de 1974. Su esposa asumió la presidencia y este hecho fue uno de los factores desencadenantes de la mayor tragedia de la historia argentina. Los protagonistas de esta historia son los doctores Jorge Taiana y Pedro Cossio, Héctor Cámpora, Juan e Isabel Perón.[4] El testimonio fotográfico de estos hechos forma parte de la documentación de una política demencialmente criminal. Los argentinos tuvieron menos suerte que los franceses que reeligieron en 1988 a un candidato enfermo de cáncer de próstata, ya en 1982. Sólo en 1994 la opinión pública tuvo conocimiento de este «secreto de Estado».

iv) En una inolvidable película, uno de los protagonistas, para paliar su aburrimiento de paralítico temporario y hacer más llevadera la ausencia de su insuperablemente encantadora novia, se dedica a espiar a sus vecinos con un catalejo. Logra así descubrir al culpable de un uxoricidio. Posiblemente todos hemos visto *Rear Window* (cuyo título en castellano, «La ventana indiscreta», es más elocuente para nuestro tema), y recordamos a James Stewart y a Grace Kelly.

v) El 15 de mayo de 1998, una esposa agraviada declara ante el juez penal que su marido le habría dicho que el autor intelectual del asesinato de un conocido periodista era un temido capomafia. Éste puso poco después fin a su vida y la justicia parece haber avanzado substancialmente en el esclarecimiento de este crimen. Los personajes de este reparto son Silvia Belawsky, su marido Gustavo Prellezo, el juez José Luis Macchi, el periodista José Luis Cabezas y el multimillonario Alfredo Yabrán.

vi) Una de las más lucrativas actividades del periodismo fotográfico es la practicada por los *paparazzi*, diligentes emuladores tecnificados de los ancianos bíblicos de Babilonia. No sólo la familia real inglesa sino figuras menos espectaculares de la vida política y social adornan con sus sorprendidas desnudeces y escenas de la vida privada las revistas del corazón desde Rovaniemi hasta Sidney y desde Tokio hasta Lima.

vii) El presidente de los Estados Unidos es sometido a observación permanente de su comportamiento sexual extramatrimonial y denunciado públicamente por supuestas hazañas de las que se ha tenido conocimiento a través de grabaciones telefónicas. Gennifer Flowers, Kathleen Willy, Paula Jones y Monica Lewinsky fueron catapultadas al centro de la opinión pública, no sólo americana, como víctimas de la supuestamente incontrolada pasión erótica de Bill Clinton.

viii) En marzo de 1998, la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Buenos Aires) condenó a la revista argentina *Noticias* a pagar

[4] Cfr. Miguel Bonasso, *El presidente que no fue. Los archivos secretos del peronismo*. Buenos Aires: Planeta 1997, pág. 557.

150.000 pesos al presidente Menem por haber violado su «derecho a la intimidad» publicando fotos e informaciones sobre su hijo extramatrimonial concebido con Martha Meza. La revelación de paternidad presidencial hizo recordar a algunos las informaciones publicadas el 10 de noviembre de 1994 por *Paris Match* acerca de la hija extramatrimonial de François Mitterrand.[5]

ix) Winston Smith vive en un país donde existe un tipo delictivo penado con la muerte o veinticinco años de trabajo forzado: el crimen de pensamiento (*Thoughtcrime*). Una policía de eficacia insuperable, la *Thought-police*, se encarga de la investigación de este delito: «El crimen de pensamiento no era algo que pudiera ser ocultado para siempre. Uno podía disimularlo por un tiempo, quizás durante años, pero tarde o temprano te hacían comparecer.»[6]

En todos estos casos existe, o se alega, una violación de la esfera privada de acuerdo con las pautas sociales imperantes en cada circunstancia. Pero, en el caso de Susana, al espionaje se suma la calumnia; en el de Diana, es la mirada curiosa la que ofende y el riesgo de la chismografía de un Acteón locuaz lo que provoca la venganza; James Stewart y Silvia Belawsky contribuyen a aclarar un crimen; las medidas que se adoptan en aras del respeto a la vida privada de los candidatos presidenciales presentan algunos rasgos que permitirían incluir estos casos en la categoría del engaño político, ese vicio de los gobernantes que tanto molestaba al marqués de Condorcet[7]; las desnudeces de Sara Ferguson no son las de una diosa y ella tampoco parece que quisiera actuar como Diana (en todo caso no como la de Ovidio); las aventuras del Salón Oval (o como quiera llamárselo) son más bien irrelevantes para la conducción política del país más poderoso del mundo; en el caso de la revista *Noticias* lo relevante para la opinión pública era también el hecho de que la madre de este hijo del presidente ocupaba una banca como diputada del partido del padre; en la pesadilla utópica (¿realmente utópica?) de George Orwell, ni siquiera los más íntimos pensamientos escapan al conocimiento del *Big Brother*. Y, sin embargo, ¿hay algo común a todos ellos que nos permita condenarlos moralmente? ¿Cuáles son los límites morales de la privacidad? O, dicho con otras palabras, ¿cuál es la relevancia moral de la privacidad?

En lo que sigue quiero analizar más de cerca estas cuestiones desde la posición de un demócrata liberal sensatamente tolerante y, por lo tanto, no

---

[5] Cfr. *Clarín*, Buenos Aires, 27 de marzo de 1998, pág. 42.

[6] Georg Orweil, *Nineteen Eighty-Four*, Londres: Penguin 1990, pág. 21.

[7] Cfr. Marie-Jean-Antoine-Nicolas de Caritat, Marqués de Condorcet, «Disertación filosófica y política o reflexión sobre esta cuestión: ¿Es útil para los hombres ser engañados?» en Javier de Lucas (ed.), *¿Es conveniente engañar al pueblo?*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1991, págs. 183-219, pág. 216.

relativista ni en el sentido de un Julius Ayer, con sus exclamaciones de aprobación o rechazo, ni en el de un Jean François Lyotard, dispuesto a aceptar que cada cual juegue su juego, cualquiera que éste sea.

1

Por lo pronto, conviene introducir algunas propuestas de precisiones conceptuales. Creo que conviene distinguir entre lo íntimo, lo privado y lo público.

La intimidad es el ámbito de los pensamientos de cada cual, de la formación de decisiones, de las dudas que escapan a una clara formulación, de lo reprimido, de lo aún no expresado y que quizás nunca lo será; es, no pocas veces, el marasmo que tanto suele interesar a los psicoanalistas desde que Freud les enseñara a distinguir entre el ello, el ego y el superego.[8] Ya Thomas Hobbes lo sabía:

> «Los pensamientos íntimos de una persona discurren sobre todo tipo de cosas -sagradas, profanas, puras, obscenas, graves y triviales- sin vergüenza o censura; lo cual no puede hacerse con el discurso verbal más allá de lo que sea aprobado por el juicio según el tiempo, el lugar y las personas. Un anatomista o un médico pueden expresar verbalmente o por escrito su opinión sobre cosas impuras porque no lo hacen para agradar sino para recibir sus emolumentos; pero que otra persona escriba sus fantasías extravagantes y placenteras sobre esto mismo sería como si alguien después de haber caído en el lodo viniera a presentarse ante un grupo de personas distinguidas. Y esta falta de discreción es lo que marca la diferencia.»[9]

Pero también parece que lo saben los esquimales:

> «[...] guardan celosamente sus pensamientos sobre los demás y se niegan a responder preguntas personales.»[10]

El velo protector de la intimidad puede ser llamado, siguiendo a Hobbes, discreción. Se trata aquí de un velo de total opacidad que sólo podría ser levantado por el individuo mismo. Y de hecho así suele suceder: la entrega en el amor o el cultivo de una profunda amistad parece consistir en reducir al máximo la opacidad de nuestra intimidad. Lo que mortificaba a Winston Smith era precisamente la certidumbre de que sus pensamientos podían ser descubiertos por la *Thought-police*.

El ámbito de la intimidad escaparía a toda valoración moral si es que la moral ha de ser entendida como el conjunto de reglas que gobiernan relaciones

---

[8] Agradezco a Francisco Laporta el haberrne recordado la interpretación freudiana de la personalidad.

[9] Thomas Hobbes, *Leviathan*, Londres: J. M. Dent & Sons Ltd. 1957, pág. 34. Citado según la versión castellana de Carlos Mellizo: *Leviatán*, Madrid: Alianza 1996, pág. 66.

[10] Avishai Margalit, *The Decent Society*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1998, pág. 203.

interpersonales y no se acepta una relación entre el hombre y un ser supraempírico como Dios. Es claro que en este último caso también los «malos pensamientos» pueden ser objeto de censura moral. Pero no es ello lo que ahora nos interesa.

La privacidad es el ámbito donde imperan exclusivamente los deseos y preferencias individuales. Es condición necesaria del ejercicio de la libertad individual. Parafraseando a Amartya Sen, podría decirse que la privacidad es la «*esfera personal reconocida*» que tendría que aceptar también todo liberal como punto de partida para la adopción de decisiones sociales que respondan a los ideales del liberalismo. Hasta qué punto esto puede conducir a la llamada «paradoja del liberal paretiano» es algo que puede ser dejado aquí de lado.[11]

Pero, no es necesario ser liberal para aceptar la esfera de lo privado, para sostener la necesidad de un ámbito reservado a un tipo de situaciones o relaciones interpersonales en donde la selección de los participantes depende de la libre decisión de cada individuo. Susana quería bañarse sola; Diana aceptaba únicamente la compañía de las ninfas, aquellas que, según Ovidio, «al ver entrar a un hombre empezaron a golpearse el pecho» e intentaron protegerla agolpándose a su alrededor.[12] El círculo de estas ninfas fijaba el límite de lo privado, de lo vedado a la mirada ajena. En el caso de Sara Ferguson el velo protector es mucho más tenue y, por lo tanto, menos excluyente.

Según Avishai Margalit, los esquimales, que deben vivir juntos durante meses en un mismo igloo, «[r]ealizan sus actividades sexuales en perfecto silencio. Procuran que sus necesidades físicas sean llevadas a cabo de forma tal que nadie las perciba.»[13]

Cuáles sean los límites de la privacidad es algo que depende del contexto cultural y social. Sobre ello volveré más adelante.

Lo público está caracterizado por la libre accesibilidad de los comportamientos y decisiones de las personas en sociedad. El principio de publicidad es una característica esencial de todo Estado de derecho. Ningún liberal puede negarlo.

En el apéndice II de *La paz perpetua*, Kant subraya el carácter trascendental de la publicidad: sin ella «no habría justicia (que sólo puede ser pensada como *públicamente* manifiesta) ni habría tampoco derecho, que sólo se otorga desde la justicia.»

---

[11] Cfr. al respecto, Amartya Sen, «Liberty and social choice» en William James Booth, Patrick James y Hudson Meadwell (eds.), *Politics and Rationality*, Cambridge: University Press 1993, págs. 11-32.

[12] Ovidio, op. cit., pág. 143.

[13] Avishai Margalit, *The Decent Society*, cit., pág. 203.

Y más concretamente:

> «Después de prescindir de todo lo empírico que contiene el concepto de derecho político y de gentes [...] se puede denominar fórmula trascendental del derecho público a la siguiente proposición:
>
> "Son injustas todas las acciones que se refieren al derecho de otras personas cuyos principios no soportan ser publicados."
>
> No hay que considerar a este principio como un mero principio ético (perteneciente a la doctrina de la virtud) sino que hay que considerarlo también como un principio jurídico (que afecta al derecho de los hombres). Un principio que no pueda manifestarse en alta voz sin que se arruine al mismo tiempo mi propio propósito, un principio que, por lo tanto, debería permanecer secreto para poder prosperar y al que no puedo confesar públicamente sin provocar indefectiblemente la oposición de todos, un principio semejante sólo puede obtener esta universal y necesaria reacción de todos contra mí, cognoscible *a priori*, por la injusticia con que amenaza a todos.»[14]

El principio de publicidad se convierte en Kant, por razones conceptuales, en principio de legitimidad: sólo aquellas acciones y propósitos que pueden ser expresados abiertamente son legítimos.[15]

Si lo íntimo estaba caracterizado por su total opacidad, lo que caracteriza a lo público es la transparencia. Entre estos dos extremos cabría ubicar el ámbito de lo privado como aquél en donde impera una transparencia relativa. En efecto, la privacidad, tal como aquí es entendida, requiere necesariamente la presencia de, por lo menos, dos actores. Es la interacción entre ellos lo que impide la adopción de una total opacidad ya que ella volvería imposible toda comunicación. En el ámbito de lo privado, la discreción es sustituida por reglas de comportamiento muchas de ellas válidas sólo dentro del ámbito privado pero cuya calidad moral no depende exclusivamente de la capacidad de imposición por parte del legislador privado ni del consenso de sus destinatarios. La moral privada no es una moral diferente de la pública sino que ambas son manifestaciones de una única moral. Conviene no caer en la tentación weberiana de establecer una distinción tajante entre moral de la convicción y moral de la responsabilidad.

2

Supongamos que estamos dispuestos a aceptar estas propuestas conceptuales. La cuestión que de inmediato se plantea con respecto a nuestro tema

---

[14] Immanuel Kant, «Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf» en *Werke*, Francfort del Meno: Insel 1964, tomo VI, págs. 191-251, pág. 244 (citado según la versión castellana de Joaquín Abellán, *La paz perpetua*, Madrid: Tecnos 1985, págs. 61 s.).

[15] Con respecto a la vinculación entre publicidad y legitimidad en Kant, cfr. John Christian Laursen, «The Subversive Kant» en *Political Theory*, Vol. 14, Nº 4, noviembre 1986, págs. 584-603.

es la de saber cuáles son las relaciones que existen entre estos tres tipos de esferas o ámbitos y hasta qué punto es moralmente legítimo expandir o reducir el alcance de cada uno de ellos en detrimento del de los otros dos.

Para el tratamiento de esta cuestión quisiera sugerir el recorrido de dos vías que transcurren en direcciones opuestas. La primera avanza desde lo íntimo hasta lo público; la segunda desde lo público hasta lo íntimo.

Veamos la primera. Ésta es una vía en donde el paso de un ámbito a otro es, desde luego, necesario para la supervivencia pero entraña también peligros vinculados con el grado de desvelamiento y con la oportunidad del mismo.

Por lo pronto, si se admite que el velo que protege la intimidad puede ser levantado sólo por el individuo en uso de su discreción, no habría mayor inconveniente en aceptar que si alguien desea hacerlo puede, en principio, desvelar la intimidad de su personalidad. Hasta qué punto esto es totalmente posible es algo más que dudoso. En todo caso, la redacción de diarios personales o de autobiografías suelen apuntar en esta dirección. Pero, no hay que olvidar que el desvelamiento de la propia intimidad significa la eliminación o la reducción de lo secreto, de sentimientos y pensamientos muchas veces confusos o transitorios, difíciles de ser aprehendidos cabalmente por otro. El peligro de ofrecer una versión distorsionada de nuestra propia personalidad es, por ello, muy grande. Podría pensarse, en este sentido, que la idea de la discreción hobbesiana está de alguna manera vinculada con la noción de autorrespeto. En el complicado proceso de elaboración de nuestra propia identidad, deseamos conservar para nosotros mismos la selección de aquellos planes o intenciones que estamos dispuestos a convertir o no en acciones externas. Pero también existe otro peligro: la desvelación unilateral de un secreto o la posibilidad de que algún otro tenga acceso a él nos colocan en situación de inferioridad en nuestras relaciones interpersonales. Como ha observado Sissela Bok:

> «No poder tener secretos significa perder el control acerca de cómo los demás nos miran; nos deja librados a la coerción».[16]

Ello explica por qué la revelación voluntaria de nuestra intimidad solemos hacerla sólo en casos de relaciones excepcionales como las que crea el amor o un cierto tipo de amistad que justamente llamamos «íntima». En estos casos la revelación suele ser recíproca y es considerada como la forma más auténtica de entrega al otro. Está también, desde luego, la transmisión de secretos al confesor o a su versión laica, el psicoanalista. Cuán grande es la dependencia que esta relación unilateral puede crear lo saben muy bien los católicos y no pocos pacientes.

---

[16] Sissela Bok, *Secrets. On the Ethics of Concealment and Revelation*, Oxford: University Press 1984, pág, 19.

En el ámbito de lo privado, aceptamos reglas de convivencia que, por una parte, tienden a preservar nuestra intimidad y, por otra, erigen barreras a la invasión de lo público. También en este ámbito hay comportamientos que preferimos realizar a solas y pensamientos que guardamos celosamente. El ámbito de lo privado es reducido por lo que respecta al número de sus miembros y puede presentar diversas características según la naturaleza de las relaciones interpersonales que en él se desenvuelven. Es muchas veces también el ambiente más propicio -por ser, en general, menos peligroso para desvelar, al menos en parte, nuestra intimidad. Y, como el ámbito de lo privado es el del dominio supuestamente irrestricto de nuestra libertad personal, solemos movemos en él procurando otorgar la mayor vigencia posible a nuestras preferencias.

Al ingresar al ámbito de lo público, seguimos llevando con nosotros mismos la coraza de la intimidad y el manto de la privacidad. Esta actitud crea situaciones ambiguas cuando no paradójicas.

En efecto, entramos en la esfera de lo público con cierto disimulo, tratando de preservar nuestra íntima personalidad y el área de nuestra privacidad, pero deseando que las decisiones públicas -si es que nos movemos dentro del marco de una democracia liberal- tomen en cuenta el orden de las preferencias individuales, es decir, sean expresión de nuestra libertad personal. Aspiramos entonces a ser en la esfera pública liberales paretianos conservando, a la vez, irrestricto nuestro ámbito de libertad personal. Como todos sabemos, esta doble aspiración ha dado lugar a una célebre paradoja que sigue ocupando la mente y la pluma de no pocos teóricos de la elección racional.

Pero no sólo surgen situaciones paradójicas sino también comportamientos ambiguos. La ambigüedad reside en el hecho de que nuestra convivencia pública nos obliga, por lo pronto, a practicar aquello que Thomas Hobbes llamaba «pequeña moral» (*Small Morafis*):

> «la decencia del comportamiento; cómo debemos saludarnos, cómo debemos lavarnos la boca o escarbar nuestros dientes antes de entrar en compañía [...]»[17]

Los comportamientos que prescribe esta *Small Moralls* suelen adoptar una versión relativamente inofensiva que llamamos cortesía. Así, por ejemplo, el simple saludar al vecino o al conocido o el ceder el asiento a una dama en el autobús no parecen tener mayores implicaciones negativas y las aceptamos como conductas moralmente irrelevantes o hasta encomiables.

Pero, como la cortesía tiene una genealogía que se remonta a la defensa de la intimidad y de la privacidad, sus reglas no exigen o hasta prohíben la veracidad, el desvelamiento de nuestras intenciones y de nuestros intereses.

---

[17] Thomas Hobbes, *Leviathan*, cit., pág. 49. (Versión castellana, pág. 86).

No sólo en Oxford, como recuerda Thomas Nagel[18], sino en prácticamente todas las sociedades occidentales cuando alguien le dice a otro «Tenemos que comer juntos algún día de estos» ello significa que nunca comerán juntos. Y quien, siguiendo reglas de cortesía, pregunta a otro cómo le va no espera, desde luego, ni un informe veraz ni mucho menos completo. Lo primero podría ser inquietante y lo segundo tedioso:

> «Es poco cortés llamar la atención sobre nuestros propios éxitos o expresar inseguridad personal, envidia, temor ante la muerte o sentimientos vehementes sobre personas presentes, excepto en un contexto de intimidad, en donde es posible tratar estos temas y explayarse al respecto».[19]

Este primer paso de salida del ámbito de lo privado hacia lo público está caracterizado, pues, por una reducción de la veracidad. Ésta es una característica que encierra el núcleo de una, para muchos peligrosa, hipocresía. Una vez más, valga aquí una cita algo extensa de Nagel:

> «La idea liberal en la sociedad y la cultura, al igual que en la política, es que sólo puede ser objeto de pedido de respuesta pública aquello que es necesario porque así lo requiere la vida colectiva. Hasta dónde ello debe llegar es algo que depende de la compañía y de las circunstancias. Pero la idea de que todo es juego limpio y que la vida es mejor cuanto más apertura exista, más franqueza y más consenso es un grave error. El intento de imponerla conduce más bien a un tipo de hipocresía y mendacidad defensivas acerca de los propios sentimientos verdaderos que son innecesarias en un régimen de reticencia. Si vuestros pensamientos impuros u hostiles o políticamente agresivos están al alcance de cualquiera, tendréis razones para expresar en su lugar pensamientos benevolentes y patrióticos. [...] La decadencia de la privacidad trae consigo el surgimiento de la hipocresía.»[20]

Conviene detenerse en esta última frase de Nagel. Por una parte, es verdad que la reducción del ámbito de lo privado puede provocar un aumento de la hipocresía pública. Pero, por otra, también lo es que la hipocresía es un resultado de la persistencia de los valores (o disvalores) que profesamos en el ámbito de lo privado. Justamente porque suele existir una cierta divergencia entre lo que sostenemos en privado y lo que proclamamos públicamente es que se produce el fenómeno de la hipocresía. Como acertadamente observa Judith N. Shklar:

> «En los Estados Unidos ya no se acepta que alguien exprese públicamente comentarios racistas o antisemitas; sin embargo, en la conversación privada el racismo y el antisemitismo se expresan libre y frecuentemente. [...] ¿Preferiría algún igualitarista una mayor franqueza pública? ¿Debería ser nuestra conducta

---

[18] Thomas Nagel, «Concealment and Exposure» en *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 27 (Winter 1998), Nº 1, págs. 3-30, pág. 6.

[19] Thomas Nagel, «Concealment and Exposure», cit., pág. 13.

[20] Thomas Nagel, «Concealment and Exposure», cit., pág. 14.

pública realmente el espejo de tal como somos privada e íntimamente? A menudo nuestros modales públicos son mejores que nuestra laxitud personal [...] En verdad, podría aducirse que nuestra democracia liberal no puede permitirse la sinceridad pública. La honestidad que humilla y el rechazo terco del compromiso arruinaría la civilidad democrática en una sociedad política en la que la gente tiene muchas y serias diferencias de creencias e intereses.»[21]

Y una forma de hipocresía muy difundida en nuestras sociedades es la llamada *political correctness* que no pocas veces impone comportamientos que nos parecen ridículos o hasta el colmo de la mendacidad. Dicho sea de paso, conviene señalar que esta expresión fue formulada por primera vez hace doscientos años, no en los Estados Unidos sino en Alemania. En efecto, en las *Literarischen Notizen 1797 bis 1801* de Friedrich Schlegel aparece ya la expresión «*politische Correctheit*». Schlegel quería denotar con ella el trato respetuoso con los demás o, dicho con sus propias palabras la «interpretación mística de las conveniencias de la cortesía» («*mystischen Deutung der Höflichkeitsconvenienzen*»).[22]

Small Moralls, cortesía, *political correctness* e hipocresía tienen un núcleo común: son formas de comportamiento que responden a una serie de reglas que nos ayudan a traspasar con posibilidades de éxito los límites de lo privado. Su violación puede alterar la naturaleza de una misma acción: usar prendas íntimas en público puede ser motivo de escándalo. La manida discusión sobre la pornografía gira justamente alrededor de los límites de lo privado y lo público en el campo de las relaciones sexuales.

Son estas reglas, pues, las que nos ayudan a desempeñar papeles sociales. No está demás recordar que el origen etimológico de la palabra «hipocresía» es jugar un papel en el teatro. Buena parte de nuestra vida en sociedad está constituida por roles que debemos desempeñar y donde no siempre la franqueza es la mejor guía. No es verdad que la verdad no ofende y andar por el mundo dando puñetazos de verdades puede ser una de las formas más peligrosas y nocivas de la actuación social. No hace falta ser Yago para suscribir su reflexión:

«¡Oh mundo monstruoso! toma nota, toma nota, ¡oh mundo!
Ser franco y honesto, no es prudente.»[23]

Desde luego, puede seguirse insistiendo en que la veracidad es condición necesaria para el establecimiento de una sociedad justa dentro de marcos liberales. Los esfuerzos realizados por autores como Jürgen Habermas

---

[21] Judith N. Shkfar, *Ordinan. Vices*, Cambridge Mass., Harvard University Press, 1984, pág. 78.

[22] Cfr. Frank Lucht, «Schlaflose Náchte Zweihundert Jahre "P.C."» en el *Süddeutsche Zeitungy*, Múnich, 9 de abril de 1997, pág. 13.

[23] William Shakespeare, *Otelo*, acto III, escena 3.

y John Rawls para imaginar situaciones de discurso en los que las partes que intervienen en el diálogo habrán de encontrar finalmente principios fundamentales para el diseño futuro de la sociedad parten de la suposición de que la veracidad es condición necesaria de esta empresa. También Rousseau creía que la democracia sólo podía funcionar si las personas renunciaban a su egoísmo y actuaban en la vida pública como seres morales dispuestos siempre a aceptar la *volonté général*. Pero esto implicaba una fuerte renuncia al intento de hacer prevalecer las preferencias individuales, es decir, a conservar intacto el ámbito de lo privado. Rousseau percibió claramente esta fuente de conflicto entre lo privado y lo público:

> «En efecto, si bien no es imposible que una voluntad particular concuerde en algún punto con la voluntad general, sí lo es, al menos que esta armonía sea duradera y constante, porque la voluntad particular tiende por su naturaleza al privilegio y la voluntad general a la igualdad.»[24]

Paradójicamente, la democracia liberal, en tanto forma de gobierno que supuestamente está destinada a dar prioridad a las preferencias individuales, tiene que aceptar, si quiere ser estable, una buena dosis de reducción de la vigencia de estas mismas preferencias. Éste es el precio que la igualdad requiere. Si ello es así, entonces la honestidad y la veracidad, virtudes apreciadas en alto grado por todo demócrata liberal, resultan socavadas por las propias exigencias del régimen democrático. Ante esta situación, quien desee contribuir a la estabilidad de la democracia y, al mismo tiempo, ser leal a buena parte de sus tendencias egoístas que arrancan de lo más íntimo de su personalidad, tiene que ser hipócrita. Un régimen político estable no puede basarse exclusivamente en la calidad de agentes morales de los ciudadanos. Esto era algo que lo habían percibido claramente Maquiavelo y Rousseau; pero mientras el primero veía aquí buenas posibilidades de manipulación política, el segundo no podía dejar de inquietarse ante la influencia corrosiva de los intereses privados. Kant, el pensador que con mayor claridad vio la imposibilidad de concebir un ser moral no desprendido de sus peculiaridades empíricas personales, propiciaba por ello un sistema político que pudiera regir en una sociedad de egoístas que querían vivir en sociedad. Su idea de la «sociabilidad asocial» («*ungesellige Geselligkeit*»)[25] condensa esta idea.

Habermas y Rawls cometen aquí un pecado de irrealidad y exigen demasiado del ser humano. Tal vez lo único que se requiere para la vida en democracia es la proclamación de ciertos valores, aunque esta proclamación

---

[24] Jean-Jacques Rousseau, «Du Contrat Social; ou, Principes du Droit Politique» en *Oeuvres complètes*, París: Gallimard, tomo III, págs. 347-470, pág. 368.

[25] Inmanuel Kant, «Idee zu einer allgemeinen geschichte in weltbürgerlicher Absicht» en *Werke*, Francfort del Meno: Insel 1964, tomo VI, págs. 31-50, pág. 37.

sea puramente retórica, es decir, que actuemos como si adhiriésemos a los valores proclamados. Esta adhesión retórica es suficiente; pero la adhesión retórica a valores no sustentados íntimamente es lo que llamamos hipocresía. François de la Rochefoucauld podía decir por ello, con razón que «la hipocresía es el homenaje que el vicio rinde a la virtud». Dicho con otras palabras: ¡si no puedes ser moral, al menos sé hipócrita! Creo, por ello, que tiene perfecta razón Ruth W. Grant cuando afirma:

> «A pesar de que los regímenes democráticos liberales son los que más necesitan la honestidad como virtud política, son justamente ellos los que más probablemente crean las condiciones que socavan esta virtud. [...] el liberalismo puede ser criticado no por ser hipócrita sino por negarse a reconocer la necesidad de la hipocresía».[26]

Entramos, pues, en el ámbito de lo público con nuestra carga de preferencias privadas (no todas ellas benevolentes) y con una mezcla de honestidad e hipocresía-, justamente porque sabemos que no podemos subsistir en nuestro estrecho recinto de lo privado, formulamos y aceptamos (aunque sólo sea retóricamente) reglas más exigentes que imponen una severa limitación a nuestros deseos egoístas. Sabemos que para que la empresa social sea exitosa tenemos que admitir dos principios básicos: la prohibición de dañar al prójimo (el *harm principle* tan claramente formulado por Mill) y la obligación de contribuir a la generación de bienes públicos, es decir, de renunciar a comportamientos parasitarios.[27] En este sentido, la vigencia de las reglas de convivencia con seres que muchas veces nos disgustan y cuyas preferencias personales no compartimos, nos obliga a ser o a aparentar ser morales.

Vistas así las cosas, el avance desde la intimidad hacia lo público es una marcha hacia una mayor moralidad en el comportamiento real de las personas. Ello no se logra conservando o estimulando las notas de lo íntimo o de lo privado sino justamente al revés, acallándolas o restringiéndolas. Para decirlo con palabras de Kant:

> «El problema del establecimiento del Estado tiene solución, incluso para un pueblo de demonios [...] y el problema se formula así: "ordenar una muchedumbre de seres racionales que, para su conservación, exigen conjuntamente leyes universales, aun cuando cada uno tienda en su interior a eludir la ley, y establecer su constitución de modo tal que, aunque sus sentimientos particulares sean opuestos, los contengan mutuamente de manera que el resultado de su conducta pública sea el mismo que si no tuvieran tales malas inclinaciones."»[28]

---

[26] Ruth *W.* Grant, *Hypocrisy and Integrity. Machiavelli, Rousseau, and the Ethics of politics*, Chicago/Londres: The University of Chicago Press 1997, págs. 175 s.

[27] Agradezco a Ruth Zimmerling el haberme recordado la importancia de la generación de bienes públicos para la convivencia social.

[28] Inmanuel Kant, «Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf» en *Werke*, cit., 224 (citado según la versión castellana de Joaquín Abellán, *La paz perpetua*, cit. págs. 38 s.

La creación de un orden jurídico liberal (o republicano en la terminología de Kant) cumple así una función moralizante precisamente porque se basa en una concepción general de lo bueno público. Las críticas de Michael J. Sandel al llamado «liberalismo minimalista» («*minimalist liberalism*») no valen para un liberalismo de tipo kantiano, como él mismo lo reconoce.[29] Pero, ello no se debe a una concepción de la persona como agente moral sino a la función que Kant atribuye al Estado republicano:

> «los hombres se aproximan mucho en su conducta externa a lo que prescribe la idea del derecho, aunque con toda seguridad no es la moralidad la causa de ese comportamiento (como tampoco es causa de la buena constitución del Estado, sino más bien al contrario; de esta última hay que esperar la formación moral de un pueblo)».[30]

La discusión acerca de la prioridad de los derechos sobre las concepciones de lo bueno, que tanto ha agitado los ánimos en el ámbito anglosajón y que suele ser tomada en cuenta para delimitar la relación entre lo privado y lo público, debería no olvidar que para un coherente liberal kantiano la neutralidad moral del Estado no llega al extremo de privilegiar incondicionalmente lo privado sobre lo público ni las decisiones individuales sobre las decisiones públicas. La autonomía kantiana tiene poco que ver con las decisiones dentro del ámbito privado, si es que se entiende a este último como el campo de una libertad sólo sujeta, en el mejor de los casos, a restricciones tradicionales o comunitarias. Este tipo de privacidad no es el de un «*unencumbered self*» que luego proyectaría sus fines al ámbito público. Si se toma en serio la frase de Kant que acabo de recordar, cuesta (al menos a mí me cuesta) inferir como Sandel que

> «[p]ara los liberales kantianos, precisamente porque somos seres independientes, que eligen libremente, necesitamos una estructura neutral, una estructura de derechos que se niegue a elegir entre valores y fines competitivos.»[31]

Una neutralidad tan extrema, un respeto tan grande por el ámbito de lo privado, no podría realizar la función pedagógica que Kant atribuye a una constitución republicana. Tal vez los malos entendidos de la discusión Sandel-Rawls se deban a que el primero atribuye al segundo una ortodoxia kantiana no siempre sostenible.[32] Pero, aun cuando se tome como punto de referencia

---

[29] Cfr. Michael J. Sandel, *Democracy's Discontent. America in Search of a Public Philosophy*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1998, pág. 103.

[30] Immanuel Kant, «Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf» cit., pág. 224. Citado en la versión castellana de Joaquín Abellán, cit., pág. 39.

[31] Michael J. Sandel, op. cit., pág. 12.

[32] Kant, por ejemplo, no aceptaría sin más la afirmación de Rawls según la cual «hablando estrictamente, los ciudadanos en general no tienen una obligación política», que Sandel cita como argumento en contra de los liberales kantianos. Basta pensar en la concepción kantiana sobre el derecho de resistencia y en su aversión a todo tipo de actitud revolucionaria.

las últimas obras de Rawls, especialmente *Political Liberalism*[33], y se califique su posición como la de un *minimalist liberalism*[34], no veo por qué no ha de poder aceptarse la separación entre nuestra identidad como ciudadanos y nuestra identidad como personas. La calidad moral de un sistema político no depende necesariamente de la calidad moral de las personas. La legitimidad de un sistema político, si se la entiende como la coincidencia de sus principios y reglas con los principios y reglas de una moral crítica, puede ser impuesta heterónomamente; no así, en cambio, la moral individual, que siempre presupone una aceptación autónoma de estos principios y reglas.[35] Y porque el paso de lo privado a lo público puede y hasta debe en algunos casos significar una restricción de nuestros deseos y preferencias personales es que en todas las constituciones democrático-liberales se establece una limitación a lo públicamente imponible desde el ámbito de lo privado. Esta limitación es justificable desde un punto de vista filosófico-moral que no tiene por qué ser necesariamente metafísico. Por ello creo que la disyuntiva que Sandel le plantea al liberal minimalista no es correcta:

> «El argumento minimalista en favor del liberalismo depende de la plausibilidad de separar la política de la filosofía, de poner entre paréntesis la política con respecto a la filosofía, las cuestiones morales y religiosas en relación con la política. [...] Una forma de asegurar la prioridad de lo práctico es negar que alguna de las concepciones morales o religiosas que pone entre paréntesis podría ser verdadera. Pero éste es precisamente el tipo de pretensión metafísica controvertida que el liberal minimalista desea evitar.»[36]

La argumentación de Sandel adolece de una *petitio principii*: supone que *toda* justificación de principios o reglas morales escapa al control racional y nos conduce a la nebulosidad metafísica. Para que ello tuviera fuerza argumentativa, habría que demostrar la corrección de lo que se supone.

Pero, dejando de lado la discusión acerca de los derechos y las concepciones de lo bueno y retornando el hilo de la argumentación que vengo exponiendo, es obvio, me parece, que en la medida en que el papel que una persona desempeña en la sociedad tiene mayores connotaciones públicas la esfera de lo privado se reduce considerablemente ya que muchas veces es difícil trazar un límite preciso entre lo privado y lo público; los amores de Diana de Wales podían tener consecuencias institucionales y la obtención

---

[33] Nueva York: Columbia University Press 1993.

[34] Cfr. Michael J. Sandel, op. cit., págs. 17 ss.

[35] Con respecto a la relación entre de la legitimidad de un sistema político y la moralidad individual, cfr. Ernesto Garzón Valdés, «intervencionismo y paternalismo» en del mismo autor, *Derecho, ética y política*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1993, págs. 379-399.

[36] Michael J. Sandel, op. cit., pág. 19.

de mandatos políticos vía procreación de hijos fuera del matrimonio son hechos que no dejan indiferente a la ciudadanía. Tampoco es indiferente para el destino político de una sociedad el conocimiento de la salud o de las expectativas de vida de los candidatos que se ofrecen, ellos mismos, para desempeñar la más alta magistratura de un país. Si ello es así, los médicos que conocían la gravedad de la enfermedad de Perón o de Mitterrand no sólo podían sino que debían comunicar estos datos.[37] Que ello hubiera sido políticamente acertado lo demuestra la historia argentina contemporánea. Nadie pretende en nuestras sociedades (y desde luego es mejor que así sea, al menos por razones estéticas) que los presidentes sean sometidos al ritual de los monarcas franceses y practiquen una versión actualizada de «*la levée du Roi*» o que institucionalicen a sus amantes y las equiparen a las «*maitresses*» versallescas. La relevancia política de las aventuras amorosas de Clinton tiende a cero. En cambio, sí parece más relevante conocer el patrimonio privado de los gobernantes y el origen de una fortuna acrecentada durante los años de gobierno.

Así pues, como la exigencia de transparencia es mayor, la tolerancia ante la hipocresía es menor. La crítica de la corrupción (es decir a una forma de comportamiento que podría ser calificada de hipócrita) es implacable cuando se trata de gobernantes o de jueces. Y está bien que así sea.

¿Qué pasa ahora con la marcha en la dirección inversa, es decir, desde lo público hacia lo privado y lo íntimo?

La cada vez más intensa «invasión» de lo público en lo privado es motivo de manifiesta inquietud. Convendría detenerse a considerar cuáles son las razones de este desasosiego y procurar deslindar las buenas de las malas.

Por lo pronto, para alguien que adopte una posición comunitarista, es decir, para alguien que privilegie la relevancia moral de los grupos pequeños, clanes o familias, el avance de lo público tiene que parecerle básicamente peligroso, también para la identidad personal. En efecto, un comunitarista coherente no puede aceptar la interpretación que aquí he presentado de los pasos que conducen desde la intimidad a lo público.

La idea de la comunidad como punto de partida para la formulación y puesta en práctica de una justicia distributiva, por ejemplo, ha sido sostenida por no pocos autores de orientación comunitarista: se parte de una idealización de la solidaridad existente en el clan y se avanza luego hacia la creación de un Estado de bienestar en el que se crearían relaciones de «ayuda

[37] Sé que esto violaría una de las conclusiones de la *Nordic Conference on the Right of Privacy* (cfr. Richard B. Parker, «A definition of privacy» en Burton M. Leiser (ed.), *Values in Conflict. Life, Liberty and the Rule of Law*, Nueva York: Macmillan 1981, págs. 277-296, pág. 279) en el sentido de que estaría moralmente prohibido revelar informaciones obtenidas «en circunstancias de confidencia profesional», pero creo que esta violación es legítima.

mutua» y de «altruismo recíproco», en donde imperaría algo así como el «equivalente político del amor», como diría Roberto Mangabeira Unger.[38]

Este paso del clan familiar, de la esfera de lo privado, hacia el ámbito público del Estado social me parece más que problemático. Por lo pronto, la institucionalización del supuestamente existente altruismo familiar o de clan difícilmente puede ser entendida como el origen del Estado de bienestar. En efecto:

> «[a]l institucionalizar el altruismo -volviéndolo así impersonal y obligatorio- el estado social altera fundamentalmente la naturaleza del altruismo que motiva la ayuda mutua en sociedades aldeanas.»[39]

El Estado de bienestar no es una mera reformulación de una solidaridad supuestamente dada en las comunidades pequeñas sino que está basado en la imposición coactiva, a través de la vía fiscal, de una redistribución de bienes cuya vigencia no depende de la actitud subjetiva del contribuyente. No se trata aquí de encontrar un «equivalente político del amor». Hablar de un amor obligado es un sinsentido como lo es el de un altruismo coaccionado. No existe, pues, una vía directa que conduzca de la postulada solidaridad en la esfera privada al Estado de bienestar ya que se trata de dos niveles diferentes de cuestiones y el paso del uno al otro requiere construcciones institucionales que no derivan, por así decirlo, «naturalmente» de la solidaridad familiar o comunitaria. Son las instituciones las que confieren derechos sociales inmunes a los sentimientos de simpatía o antipatía de los miembros mejor situados en la sociedad:

> «Hacer que un derecho dependa para su realización de las actitudes positivas de aquellos a quienes les impondría una obligación equivale a aniquilar este derecho.»[40]

Pero tampoco es plausible afirmar sin más que el ámbito de lo privado sea siempre el más armónico de los mundos sociales. Una somera lectura de algunas tragedias, desde los griegos hasta Shakespeare nos ilustra acerca de la falsedad de esta suposición.

El argumento comunitarista no parece ser muy convincente. En todo caso, es difícil de aceptar para un liberal.

Pero, hay otra línea de argumentación que quizás pueda ser más sugerente. Es la propuesta por Benjamin Constant. Como es sabido, según él, la libertad de los modernos debía ser distinguida claramente de la libertad de

---

[38] Citado según Robert E. Goodin, *Reasons for Welfare. The Political Theory of the Welfare State*, Princeton: Princeton University Press 1988, pág. 77.

[39] Cfr. Robert E. Goodin, op. cit., pág. 115.

[40] Cfr. Daniel M. Weinstock, «Is There a Moral Case for Nationalism?» en *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 13, Nº 1, 1996, págs. 87-100, aquí pág. 92.

los antiguos. Mientras esta última consistiría en la participación activa y constante en el ejercicio del poder colectivo, la primera residiría en el «disfrute apacible de la independencia privada»[41].

En la concepción de Constant, buena parte de los derechos individuales estaban centrados en la protección de la privacidad. Y no deja de ser instructivo que este viejo liberal considerase que una de las típicas manifestaciones del respeto debido a la vida privada era el secreto de las cuentas del banquero «a las que nadie salvo él debe tener acceso».[42]

A mediados del siglo XVIII, una aristócrata parisina, la marquesa Louise d'Epinay, resolvió, en un acto de ilustrada democracia, enviar a sus hijos a una escuela pública. Había así abierto una parte de su ámbito privado y permitido la intromisión del Estado en un campo hasta estonces exclusivamente privado cual era el de la educación de la nobleza. Esta decisión impresionó tanto a su amigo Rousseau que, según parece, el filósofo se inspiró en su caso y escribió el *Emilio*.[43]

El caso del banquero de Constant y el de los hijos de Louise d'Epinay se nos presentan en la actualidad como algo extravagantes. Todo ciudadano de una sociedad democrática y liberal estaría dispuesto a aceptar que las inspecciones de los ministerios de Finanzas y la imposición de la educación pública obligatoria son «invasiones» en la esfera privada justificables sólo si está dispuesto a ceder una parte de la autonomía familiar. Con respecto al problema de la obligatoriedad escolar, en 1983, James S. Fishkin dedicó un sugestivo libro al análisis de hasta qué punto un liberal puede admitir la intervención del Estado en el ámbito familiar, o sea, la violación de la autonomía familiar (de la privacidad familiar, podríamos decir), para regular la educación de los niños y asegurar así la vigencia de los principios de igualdad de oportunidades y de no discriminación por razones de raza, sexo o clase social.[44] Según Fishkin, aquí surgiría un trilema en cuya consideración no quiero ahora detenerme. Lo importante es subrayar que sólo cediendo parte de la autonomía familiar es posible asegurar una mayor justicia en el ámbito público. Entre el padre que, en aras de la conservación de sus preferencias privadas, prohíbe a su hijo la participación en un sistema educativo que le ofrece mejores oportunidades en el ámbito público y el que admite

---

[41] Benjamin Constant, *Cours de Politique Constitutionelle*, París: Didier 1836, pág. 547.

[42] Benjamin Constant, «De la liberté des brochures, des pamphlets et des journaux, considéréé sous le rapport de l'intéret du gouvernement» en *Oeuvres*, París: Gallimard 1957, pág. 1236, citado según Helena Béjar, *El ámbito íntimo. Privacidad, individualismo y modernidad*, Madrid: Alianza 1988, pág. 44.

[43] Cfr. Elisabeth Dadinter, *Emilie, Emilie. Weiblicher Lebensentwurf im 18. Jahrhundert*, Múnich: Piper, 1984.

[44] James S. Fishkin, *Justice, Equal Oportunity, and the Family*, New Haven/Londres 1983.

la «invasión» de lo público, pienso que hay mejores razones morales en favor de este último.

También el control fiscal sirve propósitos de justicia distributiva. No hay duda que una inspección fiscal no es lo más agradable del mundo, pero ello suele deberse a una cierta «mala conciencia» que todo contribuyente tiene; invocar el principio de privacidad en estos casos no sólo sería inoperante sino también hasta una manifestación del deseo de ocultar infracciones impositivas.

En casi todas las sociedades (no sólo en las liberales) las actividades sexuales suelen constituir un caso típico del ejercicio de comportamientos propios de la esfera privada. La oportunidad y la forma como ellas se realizan sería cuestión de cada cual. Ya no existe ni el *ius prima noctis* ni la exigencia de demostrar la consumación del acto sexual exhibiendo sábanas ensangrentadas. Pero tampoco está permitida cualquier forma de relación sexual. Las feministas han insistido, con buenas razones, en la necesidad de castigar la violación dentro del matrimonio. La invasión del derecho penal en el hogar ha contribuido, quizás, a la reducción de este tipo de delito, al igual que de los casos de abuso sexual de menores.

Los ejemplos de intervenciones en la esfera privada que todo liberal puede defender racionalmente podrían multiplicarse. Común a todos estos casos es la ampliación de la esfera pública con miras a salvaguardar los dos principios que hacen posible una supervivencia aceptable: la prohibición del daño a terceros (como en el caso de la violación dentro del matrimonio) y la contribución a la creación de bienes públicos (como en el caso de la evasión fiscal y la educación de las nuevas generaciones). La esfera privada no puede, en este sentido, ser un coto reservado para la comisión de delitos. No hay duda que toda intervención en la esfera privada significa una reducción del control individual pero de aquí no puede inferirse sin más, como lo hace Avishai Margalit, que exista siempre una

> «relación causal entre la violación de la privacidad y la humillación en el sentido de pérdida de control».[45]

La pérdida del control significa, sin duda, una reducción del poder en el ámbito privado pero ello no significa necesariamente una humillación. Una sociedad no deja de ser decente porque no admita la impunidad en la esfera privada. Sería realmente grotesco que Jack el Destripador invocara el respeto a su privacidad alegando que nadie puede entrar en su baño cuando está entregado a la «tarea privada» de serruchar a su mujer en la bañera. Un argumento semejante tampoco habría convencido a James Stewart para que apartara su catalejo y dejara de observar al gordo siniestro que empaquetaba maletas

[45] Avishai Margalit, *The decent Society*, cit., pág. 207.

y cavaba la fosa en su jardín para depositar el cadáver de su cónyuge. Y me inclino a creer que Silvia Belawsky no actuó inmoralmente cuando informó públicamente las conversaciones privadas mantenidas con su marido.

Hasta aquí parece, pues, que algunas invasiones de lo público en lo privado tienen fundamentos morales aceptables. La cuestión es ahora terminar este recorrido y pasar de la privacidad a la intimidad. Dicho con otras palabras: ¿puede permitirse moralmente la inspección de la persona no ya en su relación externa con otras sino en aquellos casos en los que está físicamente sola, realizando actos que no afectan a terceros? ¿Qué sucede con los pensamientos de una persona, podemos admitir la licitud moral de la *Thought-police*?

Si se aceptan los dos principios de la organización social pública a los que me he referido reiteradamente, habrá que concluir que Diana (la del bosque) y Susana (la de la Biblia) tenían razón en sentirse humilladas ante la mirada indiscreta de Acteón o de los viejos de Babilonia. En estos casos, la humillación se debe no sólo a la mirada sino a la forma como subjetivamente se la percibe. Este aspecto subjetivo de la privacidad es el que cambia según las personas y las culturas. Algo de razón tiene Umberto Eco cuando afirma:

> «En la actualidad, la persona común no desea la *privacy*. Si es cornudo, se apresura a ir a la televisión para litigar con el propio *partner* infiel delante de millones de espectadores; si padece de una enfermedad terrible, desfila en público con carteles para sostener los derechos de sus compañeros de desventura, usa compulsivamente el micrófono [...] y hasta el arrepentimiento es una forma explícita de renuncia a custodiar secretos terribles. […] Se infiere de ello [...] que la verdadera tarea a que deberán hacer frente las distintas autoridades (que en los diversos países están empeñadas en la defensa de la *privacy*) no será la de asegurarla a los que la solicitan (relativamente pocos sobre el total de la población), sino de hacer que sea considerada un bien precioso por parte de los que entusiastamente han renunciado a ella».[46]

Efectivamente, el derecho a la privacidad, el «derecho del individuo a que lo dejen solo» (para no dejar de citar la fórmula de Louis Brandeis y Samuel Warren, lugar común de todo trabajo sobre la privacidad[47]) suele ser invocado cuando se desea ocultar comportamientos que pueden ser objeto de censura pública. Si Diana (la cazadora) podía formular la amenazadora frase «ve a contar por ahí que me has visto sin velos» y a los abogados de Boston les preocupaba hace 100 años «la vana chismografía que puede obtenerse sólo a través de la intrusión en la esfera doméstica»[48], actualmente

---

[46] Cfr. *La Nación*, Buenos Aires, del 14 de junio de 1998, pág. 6, sección 7.

[47] Samuel Warren y Louis Brandeis, «The Right to Privacy» en *Harvard Law Review*, 4 (1890), págs. 193-220.

[48] Ibídem, pág. 196.

buena parte de la fama de los «famosos» se basa en la autopropiciada exposición de sus desnudeces y en la chismografía que ellos mismos estimulan. Los nombres de Gennifer Flowers, Kathleen Willy, Paula Jones, Monica Lewinsky o de las Samanthas argentinas no serían conocidos más allá del círculo de sus familiares, colegas de oficina o vecinos del barrio si sus portadoras no se hubieran encargado de proclamar a todos los vientos que alguien realmente más famoso que ellas había intentado o realizado acciones que el común de los mortales practica sin mayor alharaca. A su vez, lo mismo parece sucederle a algunas personas famosas: la divulgación de sus acciones privadas tendría la benéfica influencia de aumentar el propio placer. Hasta la pacata (¿o no tanto?) Reina Victoria solía comentar públicamente: «La noche de bodas no dormimos mucho» (posiblemente pensaba que ésta era una experiencia vital que sólo a ella le estaba reservada).[49] En todo caso, ahora, la fórmula de Diana se ha justamente invertido: «¡Ay de ti si no cuentas que me has visto sin velos!». Por ello, los *paparazzi* suelen no humillar a los objetos de sus fotos sino más bien satisfacer los deseos de las personas fotografiadas y de un público que lamenta no tener nada interesante para desnudar. Earl Spencer lo sabe.

¿Qué pasa con los pensamientos, con ese reducto último de la intimidad? Aquí parece que llegamos a una última barrera infranqueable. Pero esto se debe quizás no tanto a la posible inmoralidad de muchos de ellos, a aquello que a Goethe le hacía decir:

> «Todos tenemos en nuestra naturaleza algo que, si públicamente se manifestase, por fuerza habría de provocar desagrado»[50],

sino, porque muchas veces son expresiones de estados de ánimo o deseos fugaces cuya aparición no controlamos pero que luego reprimimos. Es en la intimidad donde forjamos nuestra identidad y las ideas o planes de acción que luego manifestamos en privado o en público si lo consideramos oportuno. No hace falta ser Isaac Newton para admitir que buena parte de nuestra personalidad es el resultado de lo que él describía como un proceso de incubación dentro del ámbito íntimo: *Nocte dieque incubando*.[51] Por ello, la posibilidad

---

[49] Para mayores datos sobre la vida de esta reina cuyo nombre es sinónimo de recato y salvaguarda de la vida privada, cfr. Carolly Erickson, *La vida privada de la Reina Victoria*, Madrid: Javier Vergara 1997.

[50] Johann W. Goethe, «Máximas y reflexiones» en *Obras completas*, tomo 1, Madrid: Aguilar 1974, pág. 345.

[51] La frase de Newton es la respuesta que él dio cuando se le pregunto cómo había llegado a concebir la teoría de las leyes mecánicas del universo (cfr. David L. Norton, *Democracy and Moral Development. A Politics of Virtue*, Berkeley: University of California Press 1995, pág. 126) pero creo que vale también para la gestación de muchos de nuestros comportamientos y proyectos de vida que configuran la propia identidad.

de irrumpir en la intimidad encierra el enorme peligro de una interrupción distorsionante de este proceso. La presentación pública de estados de ánimo y deseos transitorios o de gestos y actitudes que ni siquiera dejamos que ingresen en el ámbito de lo privado abre de par en par las puertas para la manipulación incontrolada de aspectos fragmentarios de nuestra intimidad que nada tiene que ver con lo que somos o con lo que queremos ser.

Sin embargo, en otros casos, cuando se trata de pensamientos o intenciones concluidos y/o expresados en acciones o actividades interpersonales, su conocimiento puede tener relevancia privada y/o pública. No le hubiera venido mal a la esposa del asesino observado por James Stewart conocer las intenciones de su marido; toda persona realmente enamorada desea que el o la amante conozca sus pensamientos y no mal interprete sus actos. Si queremos seguir buscando ejemplos cinematográficos, pensemos en la invitación de Humphrey Bogart a Ingrid Bergmann en *Casablanca* para que lo penetre con su mirada o si deseamos la ilustración literaria recordemos la frase de Romeo (la de Julieta):

> «¡Ay! Veinte veces más peligrosos que todas las espadas son para mí los ojos tuyos. Con una simple mirada que me envíes, quedo a prueba de su rencor.»[52]

Dejemos de lado el ámbito del amor. También en otros campos nos interesa conocer la intención de las personas. Es ella la que nos permite distinguir el homicidio de la muerte culposa; el ánimo de ofender, de la frase dicha sin pensar. El efecto perlocucionario de las frases y palabras depende justamente de la intención con que son pronunciadas en determinadas circunstancias. Y cuando no hay confesión de parte, solemos valernos de indicios. Parecería, pues, que hasta este extremo podría llegar la intervención de lo público.

3

Si se acepta esta propuesta de recorrido de doble dirección entre los dos polos de lo íntimo y lo público pasando por lo privado, creo que podrían sacarse las siguientes conclusiones:

i. Cuando avanzamos hacia lo público (en una sociedad liberal y democrática) lo que hacemos es adquirir formas de comportamiento que posibilitan y dan estabilidad a una convivencia en paz y socialmente eficaz, al menos desde el punto de vista de la justicia retributiva y distributiva.

ii. Para el logro de estos fines es irrelevante el que cumplamos las reglas de lo público como seres morales o como agentes hipócritas; lo que importa es que aceptemos internamente la necesidad de la existencia de estas reglas.

iii. La defensa del ámbito de la privacidad no debe ser una garantía de impunidad.

---

[52] *Romeo y Julieta*, acto II, escena 2.

iv. Porque ello es así, hay formas moralmente aceptables de irrupción de lo público en lo privado cuando lo que se realiza en este ámbito tiene consecuencias que afectan el principio de daño y/o el de colaboración para la producción de bienes públicos.

v. La revelación pública de aquellos actos realizados en privado y que no caen en la categoría de los mencionados en el párrafo anterior puede afectar la dignidad de la persona. En el mejor de los casos son meros chismes y, en el peor, humillan. La venganza de la Diana cazadora fue motivada por la conjunción de estos dos elementos.

vi. El problema de la relación entre intimidad, privacidad y publicidad no es tanto una cuestión de qué es lo que puede ser revelado sino de los métodos que se usen para combatir la impunidad.

vii. Pero si es un problema de métodos o de procedimientos técnicos, la prudencia aconseja ser cautos en la permisión de recursos cuyo manejo incontrolado sólo sirve para humillar con lo que se viola cual bumerang el principio de daño.

viii. En todo caso, si se plantea la discusión en términos de conflicto entre el principio de privacidad y el principio de publicidad, no es posible formular reglas fijas o inmutables para resolverlo sino que se vuelve necesario buscar para cada caso concreto la solución moralmente más plausible sabiendo que, en algunas circunstancias, puede tratarse de una elección trágica con todo lo que ello implica desde el punto de vista moral.

*

Lo aquí expuesto es sólo un intento de desacralizar lo privado, de rescatar la hipocresía de una satanización (curiosamente hipócrita) y de invitar a una mayor modestia con respecto a nuestras propias calidades morales íntimas. Tengo plena conciencia de que todo esto es un tema sumamente controvertido y que existen también razones plausibles, no sólo de tipo moral sino también prudenciales, en contra de la hipocresía.[53]

En todo caso, en el campo de la política conviene abandonar la idea de que los ciudadanos deben ser agentes morales íntegros y rescatar la idea kantiana del ciudadano imperfecto.

[53] Con respecto a la condena moral de la hipocresía no está de más recordar al marqués de Condorcet (op. cit., pág. 216): «No hagáis nada que un hombre sensato pueda tomar como prueba de que creéis lo que no creéis. La línea que separa la prudencia de la hipocresía es aquí muy fácil de traspasar, pero es mejor quedarse más allá y ser imprudente que no hipócrita». Con respecto a los costes sociales de la hipocresía, cfr. el sumamente sugerente libro de Michael Baurmann, *Der Markt der Tagend*, Tubinga: J. V. B. Mohr 1996 (versión castellana de Ernesto Garzón Valdés: *El mercado de la virtud*, Barcelona: Gedisa 1998).

UN DEBATE FILOSÓFICO ACERCA DE LOS GRUPOS ÉTNICOS TRADICIONALES EN AMÉRICA LATINA Y LA HISTORIA DE LA FILOSOFÍA

En memoria de Fernando Salmerón

Durante los últimos años se ha desarrollado un importante debate filosófico en América Latina -al igual que en muchas otras partes del mundo- en relación con los problemas que plantea la multiculturalidad. Algunos de esos problemas se refieren a los derechos de las minorías étnicas, qué tipo de derechos son y cómo pueden fundamentarse desde un punto de vista moral, el carácter absoluto o relativo de principios y normas morales, la relación del Estado con los grupos étnicos minoritarios, la transición de un Estado homogéneo a un Estado plural, y las formas que podrían tomar las relaciones interculturales.

En este debate han participado tres de los más destacados filósofos latinoamericanos: Ernesto Garzón Valdés, Luis Villoro y Femando Salmerón (recientemente fallecido); el primero originario de Argentina y los otros dos de México. En el presente trabajo comento algunas de sus ideas sobre algunos de los problemas mencionados, analizando el papel que la historia de la filosofía juega en sus trabajos. Esto me permite presentar un resumen de las principales ideas y argumentos en el debate latinoamericano en torno a los problemas del multiculturalismo, al mismo tiempo que apoyar ciertas tesis acerca del papel de la historia de la filosofía para las discusiones filosóficas contemporáneas.

Para los propósitos de este trabajo, el término de «historia de la filosofía» se entiende como la discusión y asimilación crítica de ideas filosóficas originadas en el pasado, al menos en una generación anterior a la presente, y que han evolucionado en el tiempo. Esas ideas pueden estar asociadas al trabajo de algún filósofo en particular, pero pueden también tener un origen menos preciso.

Veremos que al enfrentar algunos de los problemas del multiculturalismo nuestros tres filósofos tratan con ideas filosóficas del pasado al menos en los tres siguientes sentidos:

1) Como ideas que ellos incorporan de manera crítica a su propias tesis, por lo que esas ideas son útiles para dar forma a su pensamiento.

2) Como ideas que son características de alguna tradición filosófica, la cual constituye el trasfondo de apoyo para sus análisis. En breve explicaré el sentido en el que utilizo el término de «tradición filosófica».

3) Como ideas que son constitutivas del objeto mismo de análisis. Por ejemplo, el tipo de entidades sociales que están en el centro de la discusión que analizaremos son los grupos étnicos tradicionales y el Estado. Una de las tesis que aquí se presuponen es que la identidad del Estado, tanto como la de los grupos étnicos tradicionales, depende en cierta medida de las creencias que acerca de ellos tienen los miembros de las comunidades pertinentes. Por consiguiente, para entender la naturaleza y el papel del Estado es necesario analizar y comprender las concepciones acerca del mismo que prevalecen entre los agentes del propio Estado y entre los miembros de la sociedad civil. Pero el Estado evoluciona históricamente, tanto como lo hacen las ideas y las concepciones que son constitutivas de él. Por consiguiente, la plena comprensión del Estado y de esas ideas requiere del análisis de su origen y su evolución; y ese análisis es una tarea filosófica.

Si bien la tesis (1) no es problemática, (2) y (3) plantean cuestiones controvertibles. En lo que sigue ofrezco algunas razones a su favor, mediante la discusión de algunas de las ideas de nuestros tres filósofos que son representativas de sus concepciones y del debate. Comencemos por aclarar la noción de «tradición filosófica».

Tradiciones

Por «tradición filosófica» quiero decir algo más que una mera cadena de obras filosóficas y de ideas del pasado. Una tradición es un sistema conceptual dinámico, el cual tiene su origen en algún momento y perdura durante un periodo. Ese sistema está compuesto por tesis, conceptos y principios metodológicos.

Una tradición puede identificarse por medio de las ideas, conceptos y tesis que se reconocen como la piedra angular de la misma, las cuales en ocasiones (pero no siempre) están ligados al trabajo de alguna figura histórica, y son las que establecen estándares para el tratamiento de los problemas en cuatro aspectos: los problemas de fondo, los conceptos, los métodos y los fines.

Con respecto a los problemas de fondo, la tradición establece los tipos de problemas que se consideran legítimos. Por ejemplo, una cierta tradición en epistemología considera que los legítimos problemas filosóficos con respecto al conocimiento son los relacionados con la justificación, mientras que los problemas de la génesis del conocimiento y de su desarrollo, tanto

desde la perspectiva individual como la colectiva, corresponde a las ciencias empíricas como la psicología y la sociología. En años recientes las epistemologías naturalizadas han desafiado a esta tradición.

Con respecto a conceptos, por ejemplo, una cierta tradición en filosofía moral, la cual podemos llamar «kantiana», tiene en la base de sus análisis conceptos como los de «racionalidad», «autonomía» y «dignidad». Diversos autores que siguen a esa tradición pueden diferir en la manera precisa en la que interpretan a esos conceptos y en la forma de concebir sus relaciones recíprocas. Pero siempre estarán basándose en los conceptos propuestos por Kant en primera instancia.

Con respecto a los métodos y los fines, por ejemplo, Garzón Valdés, Salmerón y Villoro se adhieren a una tradición que considera que una obra filosófica debe contener una elucidación de los conceptos a usar, debe desarrollar argumentos correctos, y debe ser útil para que la gente comprenda problemas de la vida cotidiana, tanto personales como sociales.

Conviene precisar que los conceptos y las tesis que de hecho usan y defienden los filósofos contemporáneos que continúan una cierta tradición, por lo general no son exactamente los mismos que usaron y defendieron los filósofos que se identifican como fundadores de la tradición en cuestión, o cultivadores anteriores de la misma. Pero suele aludirse a aquellas figuras históricas para dar puntos de referencia que permitan identificar a la tradición con la que está relacionada el trabajo del filósofo contemporáneo.[1]

Algunas obras realmente innovadoras no están relacionadas con tradición alguna. Por lo general ellas inauguran una tradición. Pero a veces lo hacen precisamente mediante un rompimiento explícito con alguna tradición establecida; por ejemplo, mediante una controversia con obras representativas de la tradición con la cual están rompiendo. De hecho el trabajo filosófico se beneficia ampliamente del diálogo y de la controversia, y las tradiciones muchas veces se desarrollan por medio de los debates. Pero hay y ha habido tradiciones cuya historia no depende del diálogo y de la controversia.

En suma, las tradiciones filosóficas se entienden aquí como sistemas conceptuales dinámicos. Una gran cantidad de obras filosóficas, si no es que la mayoría, tienen relaciones conceptuales con una o más tradiciones. Las tradiciones son históricas en el sentido de que tienen un origen y se desarrollan en el tiempo. Algunos filósofos pueden ser fieles a una sola tradición, la cual puede ser más o menos fácilmente identificable. Otros utilizarán conceptos, tesis y métodos de diferentes tradiciones. Muchos filósofos no necesariamente trabajan «dentro» o en relación con una única tradición.

---

[1] Esta idea de «tradición filosófica» está inspirada en la concepción de «tradición científica» que ha desarrollado Larry Laudan (véase Laudan 1996, pp. 146-147).

Pero difícilmente se encontrará una obra filosófica seria que no esté conectada con al menos una tradición. La conexión puede consistir en que una o más tradiciones ofrecen el telón de fondo para los análisis de la obra en cuestión, o más raramente, en el sentido de que esa obra signifique una contribución sustancial a una nueva tradición.

El papel de las tradiciones filosóficas en el debate acerca del multiculturalismo en América latina

En sus trabajos acerca de los problemas del multiculturalismo Garzón Valdés, Salmerón y Villoro hacen reflexiones e incluyen referencias y análisis de ideas filosóficas del pasado. Los tres se refieren a ideas de filósofos clásicos en la tradición occidental, y también a ideas que en el pasado han defendido filósofos y pensadores de Latinoamérica y de otras partes del mundo. Muchas de esas ideas, aunque no siempre se reconozca su origen, se manejan en los debates públicos contemporáneos acerca de la naturaleza del Estado o acerca del reconocimiento de ciertos derechos, en los parlamentos, en los medios de comunicación y en general dentro de la esfera política.

Comencemos por analizar un trabajo reciente de Garzón Valdés (Garzón Valdés 1996). Lo veremos con detalle en virtud de que se trata de un artículo representativo de sus ideas sobre estos asuntos, y también porque él mismo resume en ese trabajo los principales puntos en debate.

La tradición kantiana

Garzón Valdés defiende de manera vigorosa algunas distinciones que de acuerdo con él muchas veces se pasan por alto al discutir el problema de los derechos de las culturas minoritarias. Eso ha dado lugar a confusiones muy serias, de las cuales él menciona cinco, aclarando los conceptos y las tesis en juego:

1. La confusión entre tolerancia y relativismo moral.
2. La confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral.
3. La confusión entre génesis y desarrollo de la identidad personal y la necesidad de conservar y promover el desarrollo de la comunidad en la que se ha nacido.
4. La confusión entre unidad cultural y unidad institucional.
5. La confusión entre derechos jurídicos y derechos morales.

Garzón Valdés sostiene que estas cinco confusiones, que él llama «básicas», dan lugar a otras confusiones «derivadas», y todas ellas dan lugar a falsos dilemas. Pero los dilemas se disuelven tan pronto como queda claro que surgen de las confusiones básicas y de las derivadas (cf. Garzón Valdés 1996, p. 81).

Con respecto al primer punto, Garzón Valdés sostiene que la tolerancia indiscriminada, la tolerancia pura sin ninguna restricción, termina por eliminar toda regulación sobre el comportamiento de los seres humanos. Por consiguiente es preciso distinguir entre la tolerancia sensata y la insensata, la «tolerancia boba». La diferencia entre ellas reside en las razones que se ofrezcan en favor de la tolerancia. La decisión entre la tolerancia sensata, la tolerancia boba y la intolerancia, debe hacerse sobre la base de la calidad de las razones que se den para ser tolerantes en situaciones específicas. Las buenas razones serán aquellas que presupongan un mínimo de objetividad, es decir, «la aceptación de criterios racionales para su defensa o condena» [de una acción particular o de un sistema de acciones] (Garzón Valdés, 1996, p. 83).

Aquí es donde Garzón Valdés proporciona su primera referencia histórica en ese trabajo, pues menciona a Sócrates para ilustrar el hecho de que hay límites que si se violan entonces la tolerancia se vuelve irracional: «Así lo pensó posiblemente Sócrates cuando, siendo presidente de la Asamblea de Atenas, se opuso al voto de la mayoría y se negó a condenar sin juicio individual previo a los diez generales que no habían recogido a los caídos en la batalla naval de las islas Arguinusas» (Garzón Valdés 1996, 82). Garzón cita a Sócrates diciendo: «Entonces yo fui el único de los pritanos que se opuso a que hicierais algo en contra de la ley, y voté en contra. Y aunque los oradores estaban dispuestos a denunciarme y hacerme arrestar sin más, consideré que debía arrostrar el peligro junto a la ley y lo justo antes de unirme a vosotros en decisiones injustas por temor de la prisión o de la muerte» (Platón, *Apología de Sócrates*, 32b; citado por Garzón Valdés 1996, 82).

Es evidente que el interés de esta cita no es de erudición histórica. Garzón Valdés podría haber usado cualquier otro ejemplo, o podría no haberse referido a otro filósofo para comunicar y apoyar su idea. Sin embargo, Garzón quería fortalecer su tesis de que la tolerancia sensata debe ir acompañada de un conjunto de prohibiciones, bajo pena de convertirse en tolerancia insensata. Para lograr ese efecto es que él cita a Platón, y se refiere a la figura y a la actitud moralmente intachable de Sócrates. Por medio de esa referencia Garzón nos recuerda un caso paradigmático de una acción digna de encomio realizada por una figura fundamental en la historia de occidente y en la historia de la filosofía. Al explotar la figura de Sócrates como paradigma de persona honesta, justa y sabia, la cita cumple una función pedagógica para explicar con claridad su tesis, pero más aún, la cita también juega el papel de una buena razón para convencer al lector a favor de la tesis de que es necesario establecer límites a la tolerancia. La razón que debería ser evaluada únicamente sobre la base de su peso como *razón*, se vuelve

más persuasiva y es más fácil de comprender y de aceptar por medio de un ejemplo de esa naturaleza.

Pero la referencia a Sócrates cumple todavía una función más, a saber, la de reforzar la idea de que la tesis en cuestión es universal, es tan válida en Latinoamérica ahora como lo era en Grecia hace más de dos mil años. No olvidemos que el foco de la crítica de Garzón aquí es el relativismo moral. Por eso él insiste en la defensa de principios universales de racionalidad como fundamentos de una moralidad crítica de validez absoluta. Más aún, la referencia a Sócrates y a la obra de Platón en relación con la tolerancia significa apelar a la tradición que está detrás de toda la obra filosófica de Garzón Valdés. Él deja claro que su pensamiento se encuentra en línea con una tradición que comenzó hace veinticinco siglos y que, como veremos, alcanzó su madurez en el siglo XVIII con la obra de Kant, y que sigue vigorosa hasta nuestros días.

Al apelar a esa tradición Garzón Valdés consigue reforzar su punto de vista, dejando claro que lo que él está haciendo es enunciar de manera sistemática ciertas ideas que se han conocido y defendido durante muchos siglos. Nuevas propuestas, o viejas ideas reformuladas, deberán evaluarse contra el telón de fondo de esa tradición. Aquéllas que no encajen deberán ser excluidas. En buena medida ésta es una cuestión puramente lógica: las nuevas ideas, o viejas ideas reformuladas, sencillamente son compatibles con la tradición o no lo son. Pero no debe pensarse que una tradición es un esquema rígido en relación con el cual una idea nueva simplemente encaja, y es admitida, o no, y entonces es excluida. En ocasiones es posible modificar los elementos y la composición de una tradición para acomodar ideas que de otra manera serían excluidas. Aclararemos esta idea al examinar las contribuciones de Salmerón al debate, y al contrastar uno de sus puntos de vista con otro de Garzón Valdés. Por ahora pasemos a comentar otras referencias históricas en el artículo de Garzón.

Mientras que la mención de Sócrates reforzó su idea acerca de los límites de la tolerancia, Garzón Valdés ilustra el concepto de tolerancia sensata mencionando algunas de las razones aducidas por John Locke y por Bartolomé de las Casas en defensa de la tolerancia religiosa.

Pero la tradición dentro de la cual trabaja Garzón exige razones. Por eso la siguiente referencia histórica aparece en el contexto de la explicación de las condiciones que deben satisfacerse para considerar a ciertas razones como buenas razones a favor de la tolerancia. De acuerdo con él, «las buenas razones son las que parten de una actitud de imparcialidad, es decir, de la consideración de los intereses de los demás en tanto seres autónomos, capaces de formular planes de vida respetables en la medida en que no violen el principio de daño sostenido por John Stuart Mill o no sean expresiones

de una incompetencia básica que dé lugar a formas de paternalismo éticamente justificable» (Garzón Valdés 1996, 84). Nuevamente, la referencia histórica no era necesaria para su argumento, pero sirve para reforzar su tesis y mostrar la tradición respetable que está detrás de la idea.

En línea con esa tradición, Garzón Valdés deja claro que la tolerancia sensata no tiene nada que ver con el relativismo moral. Según él, sólo la tolerancia boba aceptaría al relativismo moral como su fundamento. Pero es un error muy serio el pensar que se puede ser tolerante sólo sobre la base del relativismo moral. Quienes cometen este error, pero aceptan al mismo tiempo la idea correcta de que la tolerancia es característica de las sociedades democráticas, enfrentan un falso dilema. Pues piensan que o bien deberían ser tolerantes, en cuyo caso no podrían articular una defensa objetiva de la democracia, o bien deberían defender la democracia de manera racional, pero entonces no podrían ser tolerantes (Garzón Valdés 1996, p. 84). Se trata aquí de una confusión derivada de las confusiones básicas de las que habla Garzón.

Todavía otro falso dilema que surge de la confusión entre tolerancia y relativismo moral (cuando se considera que éste último es una consecuencia necesaria de la diversidad cultural), es el que establece que o bien uno es tolerante, en cuyo caso no sería posible defender la universalidad de los derechos humanos, o bien uno defiende tal universalidad, pero entonces se convierte en un etnocentrista intolerante.

La concepción del «aislacionismo moral» de las diferentes culturas, de acuerdo con Garzón Valdés, «postula el abandono de toda perspectiva prescriptivamente universal en la moral y la limitación a la descripción de hábitos y costumbres de cada pueblo, para de ahí inferir lo que debe ser moralmente en esa sociedad» (Garzón Valdés 1996, 85). Pero para Garzón aquí subyace una falacia de tipo naturalista. De la mera existencia de diversas culturas no es posible inferir sin más que todas las normas que de hecho existen en ellas deban ser respetadas; ni siquiera puede inferirse que la diversidad cultural *per se* sea algo valioso: «La historia abunda en ejemplos de formas colectivas de vida respecto a las cuales cuesta encontrar argumentos morales que permitan concluir la necesidad de su conservación o promoción.» (*Idem.*).

Aquí entra otra referencia histórica, ahora para mostrar que el falso dilema entre vigencia universal de los derechos humanos y etnocentrismo tiene «antecedentes venerables». Garzón cita a Michele de Montaigne: «[...] no tenemos otro patrón de la verdad y la razón que los ejemplos e ideas de las opiniones y costumbres que diariamente oímos y vemos en el país donde vivimos. *Allí* está siempre la religión perfecta, la mejor Constitución, el más racional y supremamente noble uso de todas las cosas» (Michel de

Montaigne, *Oeuvres Complètes*, I:31, Paris, Gallimard, 1962, p. 203). Con esto Garzón deja claro que no está criticando una confusión novedosa.

Con respecto al dilema de ser tolerante pero relativista, o defender la universalidad de los derechos humanos pero al costo de ser etnocentrista, el movimiento que hace Garzón Valdés es el de argüir que quienes creen que se trata de un legítimo dilema pasan por alto el hecho de que existe una base ética mínima que hace posible la coexistencia de las diversas culturas desde un punto de vista moral. Esa base ética mínima se encuentra en el origen de la idea moderna de derechos humanos. La idea es que «todo ser humano racional tiene que aceptar dos proposiciones centrales: el derecho a la autodefensa y la prohibición de dañar arbitraria o innecesariamente a sus semejantes» (Garzón Valdés 1996, p. 86). Ninguna persona racional podría rechazar estos dos principios, ni ninguna sociedad podría rechazarlos racionalmente, bajo pena de desaparecer más bien pronto.

Por medio de esta discusión llegamos al meollo de la posición de Garzón Valdés, pues ahí él recurre a los conceptos de autonomía y de racionalidad. Esto queda claro al discutir las siguientes confusiones. Con respecto a la segunda, la confusión entre diversidad cultural y enriquecimiento moral, Garzón sostiene que surge cuando se pasa por alto la diferencia entre moral positiva y moral crítica. La moral positiva está constituida por los valores y principios de hecho aceptados en una sociedad determinada. La moral crítica está constituida por principios que serían aceptables por cualquier persona racional, independientemente del contexto en el que se esté desenvolviendo (universabilidad), siempre y cuando examine esos principios de manera racional e imparcial.

La tercera confusión es aquélla entre génesis y desarrollo de la identidad personal y la necesidad de conservar y promover el desarrollo de la comunidad en la que se ha nacido. Aquí Garzón menciona explícitamente una idea de Johann Gottfried von Herder, la cual fue introducida en el debate por Fernando Salmerón (cf. Salmerón 1996, 72.) La idea es la de considerar como una necesidad humana básica la de pertenecer a un grupo dentro del cual hay una comunidad de lengua, de territorio, de memoria y donde hay un proyecto común. Herder postuló que esta necesidad es tan básica como la de alimento o la de abrigo. Salmerón trajo esta idea al debate con aprobación, pero Garzón Valdés la ha rechazado por completo. Analizaré las diferencias entre los dos autores sobre esto más adelante, al revisar las contribuciones de Salmerón. Por ahora pasemos a discutir las dos últimas confusiones que analiza Garzón. La cuarta confusión consiste en la creencia en que hay una relación intrínseca entre unidad cultural y unidad institucional, lo cual supone la idea de que las entidades colectivas pueden ser sujetos morales.

Garzón Valdés desecha esta confusión arguyendo que esa última idea es simplemente incorrecta.

Garzón menciona leyes nacionales e internacionales que han establecido excepciones sobre la base de membresías a diferentes grupos (cf. Garzón Valdés 1996, 98-99). Por ejemplo, el artículo 27 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, aprobado por las Naciones Unidas el 19 de diciembre de 1966, estableció que en los Estados donde hay minorías étnicas, lingüísticas o religiosas, las personas pertenecientes a esas minorías no podrían ser privadas de su derecho, en común con otros miembros del grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Garzón Valdés, 98). En parte sobre la base de esta disposición se han establecido un buen número de leyes a nivel nacional e internacional que entran en conflicto con ordenamientos superiores.

El problema que Garzón ve en estas disposiciones de excepciones a las leyes es que se basan en la idea de que los grupos, digamos étnicos, tienen derechos morales, y no sólo cierto *status* jurídico. Pero esto significa, de acuerdo con él, otorgar prioridad a los derechos de grupo frente a los derechos de los individuos (cf. p. 100). La idea que se arguye con frecuencia a favor de esa posición es que hay derechos culturales que requieren una protección institucional, pues las estructuras culturales ofrecen el contexto de elección para los individuos (como lo ha sostenido Kymlicka 1989, 178).

Garzón rechaza esa idea porque supone que hay un «derecho natural» de las culturas a su perpetuación. Y objeta tal idea citando con aprobación a Chandran Kukathas: «los grupos o comunidades no tienen una primacía moral especial en virtud de alguna prioridad natural. Son formaciones históricas mutables -asociaciones de individuos- cuyas pretensiones están abiertas a la evaluación ética. Y toda evaluación ética tiene, en última instancia, que considerar cómo los individuos reales han sido, o pueden ser afectados, y no los intereses del grupo en abstracto» (cf. Garzón Valdés 1996, 103; Kukathas, «Are there any cultural rights?», en Kymlicka 1995, 234).

La quinta confusión es aquélla entre derechos jurídicos y derechos morales. Garzón no encuentra nada objetable en el reconocimiento de derechos colectivos, como se hace por ejemplo en el Proyecto de Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, al hablar de los derechos de los pueblos indígenas «de existir en la paz y la seguridad como pueblos distintos y ser protegidos contra el genocidio...» (Garzón Valdés, 1996, 104). Pero no debería olvidarse que los derechos en cuestión son derechos jurídicos, no morales.

El problema para Garzón es que en ocasiones hay formulaciones en donde se insinúa la confusión entre ambos tipos de derechos. Como ilustración Garzón ofrece una cita de Luis Villoro en donde defiende la idea de que los derechos colectivos son «condición» de los derechos humanos individuales. Esto sugiere que se está considerando que las entidades colectivas son sujetos morales, idea que como vimos Garzón rechaza por completo. Los derechos morales sólo pueden pertenecer a individuos, y uno no debería dejarse confundir por el hecho de que los derechos jurídicos deben estar fundamentados sobre derechos morales (Garzón Valdés 1996, 104). La cita que ofrece Garzón es de un artículo periodístico de Villoro en el diario mexicano *La Jornada* (Ciudad de México, 26 de septiembre de 1995). Una afirmación semejante se encuentra en Villoro 1995. Sin embargo, en subsecuentes discusiones inéditas Villoro ha dejado claro que su posición es la de atribuir derechos morales únicamente a individuos, y que en todo caso está por demostrarse la manera de fundamentar la existencia de derechos morales de entidades colectivas.

Garzón Valdés piensa que el supuesto de que existen derechos morales colectivos implica la postulación de entidades no individuales como agentes morales, y ésa es una concepción antropomórfica de las sociedades que es incorrecta. Además, concluye Garzón, ese supuesto multiplica las entidades del modo que tanto irritaba a Guillermo de Occam (Garzón Valdés 1996, 106).

Ésta es la última referencia a un pensador clásico en el artículo bajo análisis. Sin embargo, cuando Garzón Valdés propone su idea positiva, a saber, que lo que urge en América Latina es que se apliquen de manera efectiva las leyes vigentes, pues la mayor parte de ellas están basadas sobre principios morales aceptables, sostiene que «[b]uena parte de la injusticia que signa nuestro continente es el resultado de una secular ineficiencia de las leyes o de su aplicación en directa contradicción con el marco constitucional» (Garzón Valdés 1996, 107). Ésta es una afirmación histórica, por medio de la cual sugiere una explicación, aunque tal vez parcial, de la desastrosa situación en la que han vivido las minorías indígenas en Latinoamérica. En este punto, Garzón de nuevo ofrece dos citas de personajes históricos, pero en esta ocasión no para identificar y apoyarse en su tradición filosófica, sino para reforzar la tesis de que gran parte de los problemas de las minorías étnicas en América Latina provienen de la proclividad de las autoridades estatales a actuar al margen de la ley. La primera cita es del peruano Manuel González Prada, quien noventa años antes de que Garzón escribiera este artículo había afirmado: «Hay un hecho revelador: reina mayor bienestar en las comarcas más distantes de las grandes haciendas, se disfruta de más orden y tranquilidad en los pueblos menos frecuentados por las autoridades»

(Manuel González Prada, *Nuestros Indios*, en *Páginas Libres, Horas de Lucha*, Caracas, Biblioteca Ayacucho, 1976, 343). Pero dos siglos y medio antes, lo mismo había sido ya reconocido por el Marqués de Mancera, Virrey del Perú, quien en 1648 había escrito: «en fe de la distancia se trampea la obediencia» (cf. Garzón Valdés 1996, 107).

Estas dos citas históricas cumplen dentro de la explicación sociológico-política-histórica que Garzón ofrece un papel análogo al de las citas histórico-filosóficas en relación con sus ideas filosóficas. En el presente caso, Garzón cita a testigos del hecho que él está enunciando. Esos testigos ofrecen evidencia de la existencia del hecho al que él se refiere, incluso en el siglo XVII. Su testimonio sirve de apoyo a Garzón para convencer al lector, pero más aún, la evidencia que presentan sirve como razón a favor de su tesis. De modo análogo las referencias a ideas dentro de su tradición filosófica sirvieron no sólo para mostrar que tenían antecedentes venerables, sino que se constituyeron en razones a favor de sus tesis. El hecho de estar articuladas dentro de una tradición les dio mayor fuerza.

En suma, hemos visto que aunque el argumento de Garzón Valdés no es histórico, él utiliza algunas referencias históricas. Y si bien éstas son escasas, están insertadas en momentos apropiados y desempeñan el papel de dejar claro que hay una venerable tradición en relación con la cual el autor desarrolla sus ideas. Además de cumplir una función pedagógica al ayudar al autor a presentar sus ideas de manera comprensible, las referencias también desempeñan un papel retórico para persuadir al lector. Pero sobre todo, esas referencias cumplen la función racional de constituir razones para las tesis que el autor defiende.

Así pues, el artículo de Garzón Valdés que hemos examinado muestra que aun si una obra trata de análisis puramente conceptuales relacionados con problemas contemporáneos puede haber, y por lo general hay, conexiones entre las ideas del autor y una o más tradiciones dentro del pensamiento filosófico occidental. Tal conexión puede ser explícita, como Garzón lo ha hecho en buena medida, o puede permanecer implícita. Pero incluso si la conexión no es explícita, queda establecida por medio de la red de conceptos a los cuales recurre la obra, los métodos que utiliza y las tesis de fondo que defiende.

Señalemos, finalmente, que una obra particular puede tener una o varias de las siguientes consecuencias con respecto a la tradición con la que esté relacionada:

1) Puede enriquecer la tradición proponiendo nuevas aplicaciones de la misma (ya sea a problemas nuevos, o a problemas antiguos pero vistos desde perspectivas novedosas).

2) Puede modificar la tradición, por ejemplo mediante la incorporación de nuevos elementos, a nivel sustancial o a nivel metodológico.

3) Puede criticar la tradición, e incluso llegar a romper con ella.

Herder y Kant

Este tipo de consecuencias con respecto a las tradiciones se apreciara más claramente al analizar algunas de las contribuciones de Fernando Salmerón. Para ello comentaremos el artículo «Ética y diversidad cultural» que escribió para el volumen 12, *Cuestiones Morales*, de la *ENCICLOPEDIA IBEROAMERICANA DE FILOSOFÍA* (Salmerón 1996. Reproducido en Salmerón 1998). La cuestión principal que discute Salmerón es el llamado «derecho a la diferencia» o «la política del reconocimiento», y la analiza básicamente como un problema moral, pues es el que está en la base de propuestas de solución a los niveles jurídico y político.

Salmerón sostiene que en última instancia la política del reconocimiento debe estar basada en el concepto de la persona como agente moral. Pero hace hincapié en que el tratamiento del problema requiere una serie de conceptos que están estrechamente ligados entre sí: «dignidad», «identidad» y «autonomía».

Salmerón nos recuerda que el concepto de dignidad está en la base de la política de la igualdad, mientras que el concepto de identidad es el que fundamenta la política del reconocimiento, puesto que son las identidades individuales y colectivas las que luchan por el reconocimiento. Las identidades específicas se afirman sobre la base de diferencias que caracterizan a los miembros del grupo y que los distinguen de otros ciudadanos. Pero Salmerón insiste en que el concepto de dignidad debe estar también en la base del reconocimiento de los derechos colectivos de los grupos étnicos tradicionales. La condición para el reconocimiento de las diferencias y de las identidades y derechos colectivos es el respeto y la preservación de la dignidad personal. Al desarrollar su argumento Salmerón se apoya en ideas de filósofos contemporáneos así como de filósofos del pasado. Examinemos algunos de sus movimientos claves con el fin de analizar el papel de sus comentarios históricos.

Salmerón tiene el interés de señalar que muchos de los conceptos necesarios para la discusión actual tienen una larga historia, muchos de ellos habiendo sido configurados desde la obra de pensadores renacentistas (Salmerón 1996, 74). En particular, Salmerón subraya que en la filosofía moderna ha habido un entrelazamiento de dos ideas que son centrales para el problema del multiculturalismo: la idea de Herder ya aludida de que es una necesidad humana la de pertenecer a una comunidad, «que ofrece al individuo seguridad, bienestar y condiciones de realización personal, y, por encima

de ella, el ideal humanista de universalidad y tolerancia» (Salmerón 1996, 72-73). Pero Salmerón deja claro que los conceptos y sus relaciones no han permanecido estáticos; por el contrario, han evolucionado. Y aunque Salmerón no lo dice explícitamente, su propio trabajo es una contribución al desarrollo y a la articulación de la red de conceptos que se requiere para tratar adecuadamente los problemas del multiculturalismo.

Una de las principales propuestas de Salmerón es la de incorporar la idea de Herder antes mencionada dentro de la tradición kantiana en la cual desarrolló su trabajo. Esto plantea un problema interesante, pues Garzón Valdés también ha desarrollado su trabajo en relación con esa tradición, pero mencionamos ya que él rechazó la idea de Herder. Así pues, ambos autores defendieron sobre esta cuestión puntos de vista encontrados, pero bajo la perspectiva de la misma tradición.[2] ¿Significa esto que al menos uno de ellos cometió algún error lógico? Creo que la respuesta debe ser definitivamente negativa. De hecho, aquí encontramos la situación aludida antes en la que la incorporación o la exclusión de una idea dentro de una tradición no es una cuestión únicamente de compatibilidad lógica entre la idea en cuestión y las ideas ya establecidas dentro de la tradición, como si éstas formaran un conjunto rígido e inmutable de ideas. Un autor que quiere incorporar una idea dentro del contexto de una tradición establecida puede reorganizar y ampliar la tradición de manera que encaje la nueva idea sin dar lugar a un sistema conceptual incoherente. Pero esto puede implicar la modificación o incluso la eliminación de viejas ideas. Ésta es la línea que Salmerón siguió.

La diferencia de opinión entre Garzón Valdés y Salmerón (y también con Villoro, como veremos), alcanza al concepto de identidad personal. Garzón Valdés distingue correctamente entre identidad personal e identidad social, y hace hincapié en que no deben confundirse. Sobre la base de esta distinción sugiere que tiene sentido hablar de una «identidad cosmopolita» o, recurriendo de nuevo a Kant, hablar de «ciudadanos del mundo». Su conclusión es que no hay ninguna razón para pensar que un «ciudadano del mundo» o un individuo cosmopolita tiene una identidad menos desarrollada que la de personas que han crecido dentro de una cierta cultura local con la cual se identifican.

Debemos dejar claro que ni Salmerón ni Villoro defienden la idea de que la identidad personal sea lo mismo que la llamada identidad social. Tampoco

[2] Sobre la filiación kantiana de Garzón Valdés véase la «Introducción» de Manuel Atienza a Garzón Valdés 1993. Para una breve pero muy lúcida discusión de la teoría moral de Salmerón, véase Isabel Cabrera 1996, en donde además del artículo que estarnos analizando alude a otros trabajos, entre ellos Salmerón 1971, 1998 y 1991.

defendería ninguno de los dos la idea de que cualquier cultura debe ser respetada a cualquier precio. Más aún, Salmerón fue explícito al rechazar la idea de que la identidad personal puede reducirse al papel social del individuo en una cierta comunidad haciendo caso omiso de la autonomía del individuo para la acción moral (Salmerón 1996, 83). Sobre esto no hay discusión entre Garzón Valdés y Salmerón. Sin embargo, la diferencia reside en que Garzón Valdés rechaza la posibilidad de extender el concepto de dignidad a entidades colectivas, y también excluye la idea de considerar seriamente que hay una importante contribución del medio social a la identidad personal, con consecuencias morales.

Al proponer que estas ideas pueden incorporarse al marco conceptual kantiano, Salmerón no deja lugar a dudas de que los derechos fundamentales son derechos individuales (Salmerón 1996, 79). Más aún, los derechos morales individuales fundamentales establecen los límites que no pueden ser traspasados en nombre de los derechos del grupo. Éste es el principio negativo establecido por Kant: el principio de la humanidad como un fin en sí mismo. Pero Salmerón sugiere la posibilidad de tratar a las entidades colectivas de manera análoga, siempre y cuando no se olvide que las entidades colectivas no son sujetos de conciencia en el mismo sentido en que lo son las personas. Las entidades colectivas son construcciones a partir de sus miembros individuales, son «representaciones intersubjetivas al servicio de un proyecto común» (Salmerón 1996, p. 77).

Manteniendo este supuesto, Salmerón reconoce que las personas son parcialmente construcciones sociales: «Mi propia identidad como persona... viene a ser el resultado parcial de una negociación con los demás miembros de las comunidades en que participo, y de la manera en que me apropio de sus ideales y creencias, de sus normas y gustos. Hasta el punto que bien pueda ser que la realización misma de un ideal de perfección y de vida buena se haga posible y se acreciente en esa participación y dentro de esa comunidad. Y que el desarrollo de mi identidad dependa del reconocimiento de los otros y gane su lugar en el intercambio» (Salmerón 1996, p. 76).

Esta idea puede aplicarse a individuos y a comunidades y tiene consecuencias mayores desde un punto de vista moral: «Porque lo mismo en las personas que en los grupos, un reconocimiento humillante o simplemente inferior puede contribuir a deformar la imagen que una persona o una colectividad tienen de sí mismas» (*idem.*).

De esto no se sigue que toda cultura merezca respeto por el mero hecho de existir. Por el contrario, lo que claramente se sigue es que ninguna cultura que traspase el umbral de la dignidad humana debe ser respetada, moralmente hablando. En esto coinciden plenamente Salmerón y Garzón Valdés.

La tesis de Salmerón no implica negar la posibilidad, y en algunos casos la deseabilidad, de que haya personas cosmopolitas o ciudadanos del mundo. Él, tanto como Villoro, aceptaría esto sin reparo alguno. Ambos reconocerían en Garzón Valdés un claro ejemplo de una persona cosmopolita. Garzón nació en la Argentina y, como él mismo dice, por razones de biografía política ha vivido en Alemania por mucho tiempo. Sin embargo, ha viajado intensamente y ha enseñado en muchos países, sin perder jamás su compromiso y su amor por América Latina.

Pero vale la pena hacer notar que la existencia de individuos cosmopolitas no contradice la idea de que las identidades personales son constituidas al menos parcialmente por las comunidades en las cuales la persona creció. Tampoco contradice la idea de que son las comunidades las que ofrecen el trasfondo de elecciones de planes de vida y de concepciones de la vida buena, y que por lo tanto en ambos sentidos las comunidades son necesarias para los individuos. La posibilidad de individuos cosmopolitas es compatible con la propuesta de Salmerón de incorporar la idea de Herder dentro de la concepción kantiana. Simplemente habrá que tomar en cuenta que hay individuos cuyas necesidades pueden ser, y quizá deban ser, satisfechas por diversas comunidades.

Al proponer este modelo, fiel a la tradición kantiana, Salmerón no sólo hace una contribución positiva al debate, sino que al mismo tiempo articula una crítica a ciertos puntos de vista. En particular, Salmerón se opone en este aspecto al modelo defendido por Charles Taylor en su artículo «Multiculturalism» (Taylor 1994). Salmerón muestra que Taylor dejó de ver un punto importante de la ética kantiana. Pero la discusión no tiene sólo un interés de erudición histórica. Lo que está en juego es la posibilidad de construir ahora modelos que sean adecuados para abordar los problemas de las sociedades contemporáneas multiculturales.

En efecto, de acuerdo con Salmerón, Taylor rechaza la perspectiva kantiana porque pasó por alto una fina distinción que se encuentra en *La Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*. Se trata de la distinción entre dos posibles principios de la moralidad, de acuerdo con la cual se oponen «dos fines de la vida de signo positivo, que pueden ponerse en relación con nuestros deberes: "la propia perfección", y "la felicidad ajena"» (Salmerón 1996, 81).

Es posible proyectar estos dos principios a la esfera pública, pero entonces el ideal de perfección sólo puede pensarse en términos negativos. La propia perfección sólo puede ser un asunto propio, individual y privado. Las comunidades sólo pueden mantener espacios abiertos para la realización de los planes de vida, preservando la dignidad y la autonomía. «Por contraste, el deber de justicia, que consiste en contribuir a la felicidad ajena, es un deber

perfecto que nos compete a todos y, más que a nadie, a nuestras organizaciones y poderes» (*idem.*) Éste es el movimiento clave mediante el cual Salmerón fundamenta dentro de la tradición kantiana el derecho de los individuos a pertenecer a una comunidad, así como las obligaciones de la comunidad frente al individuo.

Al mismo tiempo Salmerón subraya que el concepto de dignidad sólo puede concebirse como un fin negativo: establece los límites que nadie puede traspasar, y por consiguiente esos límites son inamovibles incluso frente a derechos del grupo.

Taylor no contempla la posibilidad de incorporar la idea de la necesidad de pertenencia a una comunidad como una necesidad humana básica. Más aún, de acuerdo con Salmerón, de manera equivocada atribuye el origen del punto de vista liberal conservador de que el Estado y las comunidades deberían permanecer neutrales con respecto a las elecciones de los individuos a las ideas de Kant acerca de la dignidad. Y por eso es que Taylor rechazó el modelo kantiano. Pero Taylor no vio ni la fina distinción a la que alude Salmerón, mencionada arriba, ni la concepción de la dignidad como un fin negativo. Si Taylor se hubiera dado cuenta de esto, alega Salmerón, no sólo hubiera tenido que aceptar el modelo kantiano, sino que hubiera visto que la idea de Herder es compatible con el esquema de Kant y hubiera contado con el poderoso aparato conceptual kantiano para fundamentar su teoría moral del multiculturalismo.

De esta manera, Salmerón propone un modelo según el cual es posible extender el concepto de dignidad a las comunidades, y es posible reconocer derechos de las comunidades como algo más que sólo derechos jurídicos, pero sin incurrir en las confusiones que Garzón Valdés comentó. La posición de Salmerón al mismo tiempo preserva intacta la esfera de la dignidad personal.

Como ya sugerí, aunque esta discusión es de interés para la erudición kantiana, en el contexto del artículo de Salmerón y en relación con los debates actuales sobre el multiculturalismo, tiene un significado mucho más amplio. La elucidación y la articulación de conceptos originalmente forjados en el pasado, en el artículo de Salmerón sirven para los siguientes propósitos:

1) Inspiran las propias ideas de Salmerón y le confieren respetabilidad.
2) Más importante, con ellos Salmerón construye un modelo que él considera el mejor para abordar los problemas morales del multiculturalismo.
3) Ese mismo modelo, basado en análisis históricos, es usado para articular una crítica a otro influyente punto de vista contemporáneo (el de Taylor).

Marcos conceptuales

Ahora examinaré la tesis de que los marcos conceptuales y las tradiciones son fundamentales para el análisis de los problemas del multiculturalismo, puesto que uno de esos problemas centrales concierne a las identidades colectivas y sus derechos. La tesis es que los marcos conceptuales son constitutivos de ciertas clases de entidades colectivas.

Salmerón se ocupó también de este problema en el artículo que hemos comentado. Recuerda la situación marginal y desventajosa de los grupos étnicos tradicionales dentro de naciones que a su vez han sido dependientes en el contexto internacional a diferentes niveles: económico, político y cultural. A lo largo de los últimos quinientos años, sin embargo, ha habido momentos en que la identidad de esos grupos se ha negociado en una relación de mestizaje cultural, principalmente con grupos de cultura europea (cf. Salmerón 1996, 82). La identidad de esos grupos «no es sólo su proyecto actual como elemento aislado, sino también nuestra mirada; de la misma manera que ésta sólo puede acercarse a aquella identidad en el proceso de comprensión de su proyecto y de su historia. Pero lo mismo puede decirse si invertimos el orden de las afirmaciones: su proyecto actual y su conciencia de pertenecer a una comunidad no es todo lo que define su identidad, hace falta también su diálogo con nosotros y la consideración de nuestros juicios» (Salmerón 1996, 82).

Es por medio de los marcos conceptuales y de las tradiciones que los grupos étnicos se ven a sí mismos como el grupo que son. Y lo mismo puede decirse de grupos de origen europeo. Cada grupo tiene sus propias tradiciones y sus recursos conceptuales según los cuales entienden su identidad. Esas tradiciones y esos recursos conceptuales establecen límites con respecto a las creencias que pueden tener los miembros de esos grupos. El papel de las creencias es crucial para la auto-comprensión de las personas y para la identidad de los grupos étnicos tradicionales.

Para nuestros propósitos aquí, entenderemos el concepto de creencia en el sentido propuesto por Luis Villoro en su libro *Creer, Saber, Conocer* (1982):

Un sujeto S cree que *p* (donde *p* se refiere al contenido de una proposición) si y sólo si

1] S está en un estado disposicional adquirido *x* para reaccionar de determinadas maneras bajo diferentes circunstancias.

2] S ha aprehendido *p* (que es el objeto de la creencia).

3] *p* determina *x*.

Una creencia, pues, es un estado disposicional adquirido que causa un conjunto coherente de respuestas y que está determinado por un objeto o por una situación objetiva que ha sido aprehendida (Villoro 1982, 71).

Para comprender mejor por qué es importante traer a cuento una noción así de creencia, y el papel de las creencias y de los marcos conceptuales en la constitución de ciertos objetos sociales, examinemos un ejemplo propuesto en el artículo de Salmerón. Ahí él menciona como «hecho indudable que la política de reconocimiento de grupos sociales sólo puede hallar su verdadera dimensión en una sociedad plenamente democrática o que esté en camino de alcanzar tal plenitud» (Salmerón 1996, 74). Esto quiere decir que las sociedades democráticas son las mejor equipadas para aplicar la política del reconocimiento. Pero una sociedad en la que tal política fuera completamente aceptada y debidamente aplicada, sería una sociedad en la cual se aceptarían ciertas creencias específicas concernientes a los grupos sociales y a la existencia de sus derechos de grupo, con base en diferencias consideradas objetivas. De modo que la política del reconocimiento y su aplicación no sería independiente de las creencias y actitudes de los seres humanos dentro de esa sociedad democrática. Pero algunas de esas creencias serían sobre cuestiones de hecho, por ejemplo acerca de la naturaleza de las entidades colectivas y acerca de semejanzas y diferencias entre personas y entre grupos.

De acuerdo con la concepción de creencia de Villoro, si S cree que *p*, debe haber una situación objetiva aprehendida por S, a saber, aquélla a la que se refiere *p*. Pero es claro que S puede estar en lo cierto, o puede estar equivocado con respecto a la naturaleza de *p*. La creencia implica la responsabilidad del sujeto de haber hecho un juicio, a saber, precisamente el juicio de que *p* es aceptable (creíble). Por ejemplo, S puede creer que tiene agua frente a sí, cuando en realidad sólo hay un espejismo, en virtud de una peculiar manera en que los rayos de luz se reflejan en la carretera. En este caso S se equivocó en su juicio al aceptar la creencia *p*, de que había agua frente a ella. La mayor parte de las veces la gente no está consciente de que constantemente hace ese tipo de juicios. Pero podemos atribuir esta habilidad a cualquier sujeto racional capaz de discriminar entre creencias que le parecen aceptables y creencias que le parece que debe rechazar. De hecho éste es el meollo de lo que quiere decir ser racional. Para que sea posible que el sujeto aprehenda una cierta situación *p* como el objeto de una creencia, y para que pueda hacer el juicio concomitante de aceptar o rechazar la creencia, el sujeto S requiere de un marco conceptual.

Un marco conceptual no es un mero conjunto de conceptos. También incluye reglas metodológicas para la aceptación y rechazo de creencias, así como creencias sustanciales, algunas de las cuales se encuentran firmemente

atrincheradas, e incluye también normas y valores (epistémicos, morales y estéticos). Cuando se aprehende una situación objetiva, y se hace un juicio (aunque sólo sea de manera implícita e inconsciente) debe haber algún marco conceptual en operación.

En suma, la existencia de una creencia requiere: 1) de la aprehensión de una situación objetiva, y 2) de la operación de un marco conceptual que hace posible esa aprehensión y un juicio sobre la situación.

Así pues, la noción de marco conceptual se refiere a un conjunto de conceptos, reglas, normas, valores y fines, que se usa y se requiere para aprehender objetos o situaciones en el mundo, y para hacer juicios acerca de ellos. Por mi parte considero que esto es así con respecto a todos los objetos del mundo natural y social. Pero para los fines de nuestra discusión no tenemos que entrar en el más problemático caso de la aprehensión de hechos naturales y el papel de los marcos conceptuales en la existencia de objetos naturales. El problema que nosotros estamos discutiendo se refiere a la existencia y aprehensión de ciertos objetos y situaciones sociales, por ejemplo la identidad de entidades colectivas. La tesis es que los marcos conceptuales no sólo posibilitan la aprehensión de los individuos y colectividades como entidades con ciertas identidades específicas. La tesis es aún más fuerte: los marcos conceptuales son necesarios para la construcción de esas identidades.

Más aún, el tipo de situaciones en las cuales estamos interesados tienen que ver por ejemplo con la existencia de derechos. Pero la existencia de los mismos no es independiente de las creencias y actitudes de las personas en donde esos derechos supuestamente existen. La existencia de esos derechos depende de que sean reconocibles por los miembros de la sociedad en cuestión. Esto a su vez quiere decir que esos derechos existen si son aceptables racionalmente en esa sociedad. Ésta es una de las razones por las cuales quienes participan en las disputas sociales y políticas actuales están preocupados por convencer a la gente de que acepten la existencia de esos derechos. Pues si la gente *cree* en la existencia de los derechos, entonces tendrá la actitud disposicional de actuar reconociendo esos derechos, y esto es lo fundamental para afirmar que tales derechos existen. Si la mayoría de la gente no tiene la disposición para actuar reconociendo y respetando esos derechos, no podemos afirmar que los derechos realmente existen (aunque sería deseable que existieran y entonces hay que trabajar para hacerlos realidad).

Nótese que me estoy refiriendo a la aceptabilidad, por ejemplo, de ciertos derechos en el contexto de sociedades específicas. El derecho a la diferencia, si existe, sería un derecho que sostendríamos como válido en nuestra cultura y en nuestro contexto de interacción con miembros de otras culturas.

El derecho a la diferencia del que estamos hablando es un derecho que puede ser reconocido dentro de las sociedades modernas, democráticas y plurales. Pero entonces debe ser un derecho reconocible desde la perspectiva de todos los marcos conceptuales que entren en juego en esa sociedad, incluyendo los de las comunidades tradicionales. La idea por supuesto es que el derecho pueda reconocerse después de las interacciones apropiadas entre agentes de los diversos grupos involucrados, y no se está proponiendo que el derecho en cuestión sea reconocido de hecho desde el principio por todos los participantes, como si su existencia fuera independiente de las creencias (disposiciones a actuar) de los participantes.

En resumen, he mencionado que hay dos condiciones que deben satisfacerse para que exista un hecho social: primero, debe haber una situación objetiva capaz de ser aprehendida por los miembros de la sociedad. Ésta será la situación que se requiere para que los miembros de la sociedad tengan creencias. Pero esa situación objetiva no es todavía el hecho social en cuestión, para ello se requiere la segunda condición, a saber, que los agentes pertinentes aprehendan esa situación social objetiva por medio de un marco conceptual, y que hagan un juicio con respecto a ella. Entonces es cuando la situación objetiva se convierte en un hecho social. Pero al hacer el juicio es que la gente puede equivocarse. Con respecto a las entidades como los grupos étnicos tradicionales -y como subrayaré después, como el Estado- el marco conceptual pertinente hace una contribución decisiva a su existencia y a su identidad. En tales casos, el marco conceptual constituye una condición necesaria, aunque no suficiente, para la existencia de la entidad relevante.

Pero los marcos conceptuales no surgen de manera espontánea. Los marcos conceptuales son entidades históricas, creadas y transformadas por los seres humanos. En gran medida los marcos conceptuales están conformados por conceptos. En el mundo occidental, los marcos conceptuales han sido producidos, preservados y transformados en buena medida por la obra de filósofos.

Un marco conceptual determinado puede ser discutido y re-elaborado en momentos particulares, y ésa es una tarea filosófica (aunque no necesariamente realizada por filósofos profesionales). Esto es lo que ocurre constantemente, por ejemplo, cuando se llevan a cabo debates sobre la soberanía, la existencia de derechos específicos, el alcance de los derechos, el rango de los beneficiarios, las obligaciones del Estado, etc., etc.

He sostenido que los marcos conceptuales son necesarios para la identidad de las culturas, y que en buena medida son el resultado del trabajo filosófico. Pero en el mundo social y político hay muchas entidades cuya existencia debe mucho también a las ideas filosóficas y tienen un carácter histórico,

y por consiguiente en torno a ellas se da una liga indisoluble entre la filosofía y la historia de la filosofía. Ya he sugerido que el Estado es una de esas entidades. Para concluir este artículo, pasemos a examinar este problema mediante un análisis de una de las contribuciones de Luis Villoro al debate.

El papel de las ideas filosóficas en la constitución de ciertos objetos sociales

En virtud de los acontecimientos que se han suscitado en México en los últimos años, particularmente aquéllos relativos a los grupos indígenas, los cuales afectan directamente al Estado y su relación con dichos grupos, Luis Villoro ha insistido en que es necesario re-examinar la concepción del Estado. Aunque los problemas de ninguna manera son nuevos, dicho re-examen es urgente con el fin de proponer un nuevo modelo que sirva para orientar las acciones del propio Estado y de los mismos grupos étnicos y de sus representantes. Dicha transformación en la concepción del Estado es necesaria si se han de satisfacer las demandas de las culturas minoritarias en México (cf. Villoro 1995 y 1996).

Al sugerir formas en las que su argumento podría desarrollarse, Villoro llama la atención sobre el hecho de que el Estado Mexicano moderno tiene sus orígenes y se ha desenvuelto por medio de un proceso en el que ha habido una tensión esencial y constante entre la concepción liberal del Estado y una concepción social. La segunda debe entenderse en algunos aspectos semejante a las concepciones que actualmente han defendido los llamados comunitaristas.

La tesis que me interesa destacar es que las concepciones filosóficas de las que habla Villoro son constitutivas del Estado, y por tanto, para comprender al Estado Mexicano actual hay que entender esas concepciones que le subyacen y que lo apoyan. Es cierto que para comprender ciertos aspectos del Estado basta con un análisis de sus políticas actuales y de las ideas que las sustentan. Pero tal análisis sólo sería parcial. Si se quiere una visión y una comprensión más completa del Estado habrá que analizar también las concepciones que le dieron origen y que han contribuido a su identidad.

La filosofía moral y la filosofía política son importantes en una sociedad en la medida en la que tengan efectos sobre los problemas que emergen de la realidad social y política de esa sociedad. En relación con el Estado, los análisis morales y políticos deberían ser útiles para diseñar políticas que el mismo Estado podría llevar adelante, pero también deberían ser útiles para que el ciudadano común y corriente entienda lo que es el Estado, cuál es su papel, cuáles son sus propósitos, cuándo sus acciones son legítimas y sus políticas aceptables sobre bases morales.

La razón por la cual es necesario entender el proceso histórico de desarrollo del Estado o de las culturas tradicionales para comprenderlos cabalmente es que se trata de sistemas dinámicos. Es preciso reconocer que es posible lograr una comprensión parcial de un sistema y de la manera en la que funciona, conociendo únicamente su estado presente. Pero un conocimiento más completo del sistema, y una comprensión de su funcionamiento, requiere que se conozcan los estados anteriores del sistema, así como de los rangos admisibles de variación de las variables que definen su identidad, sin que la misma se vea amenazada. También es preciso conocer las formas en las que el sistema ha reaccionado en el pasado frente a diferentes estímulos del exterior y ante diferentes cambios internos. Todo esto es necesario para hacer predicciones exitosas acerca de su comportamiento, y para diseñar políticas adecuadas si se quiere intervenir en su desarrollo, lo cual es el caso por ejemplo con respecto al Estado. Pero el conocimiento de estados anteriores y de tendencias es un conocimiento histórico.

Cuando se proponen soluciones a algunos de los problemas que plantea la situación de las minorías culturales, es muy probable que tales propuestas incluyan sugerencias de transformación de las instituciones vigentes y cambios de actitud hacia las culturas tradicionales, y quizá también cambios en esas mismas culturas. Las propuestas también probablemente sugerirán modificaciones en las concepciones y prácticas del Estado. Con el fin de hacer propuestas de ese estilo de manera responsable, es necesario tener una comprensión del Estado lo más completa posible, lo mismo que con respecto a las culturas involucradas. Ésta es una razón más por la cual es necesario tener un conocimiento lo más completo posible del Estado y de las culturas tradicionales, y para ello hemos sostenido que se requiere comprender las concepciones que han contribuido a formar su identidad.

Podría objetarse que me estoy refiriendo a un tipo de entidades sociales y a una clase de conocimiento de ellas cuya producción es tarea de las ciencias sociales empíricas, incluyendo dentro de ellas a la historia como disciplina intelectual. Pero ésta no es materia de estudio de la filosofía, y no es razonable esperar que la filosofía ofrezca u obtenga ese tipo de conocimiento -continuaría la objeción.

La respuesta a dicha objeción sería que es verdad que no debe esperarse que la filosofía ofrezca un conocimiento cabal de esas entidades. Sin embargo, en la medida en la que algunas ideas filosóficas son constitutivas de esas mismas entidades, se requiere el análisis y la evaluación de esas ideas, y ésta es una tarea filosófica. Por consiguiente, la filosofía necesariamente desempeña un papel importante en la producción de conocimiento de tales entidades. Pero es claro que no debemos esperar que la filosofía diga todo lo que hay que decir y explicar con respecto a ellas.

Las instituciones de las que hemos hablado son entidades históricas creadas, sostenidas y transformadas por medio de creencias, prácticas y actitudes de la gente. Algunas instituciones pueden ser relevantes para las principales tendencias en el desarrollo histórico de un país, mientras que otras pueden no serlo, pero todas ellas serán históricas. Las concepciones filosóficas que subyacen al Estado son pues tanto *filosóficas* como *históricas*. Por lo general, los fundamentos filosóficos de las instituciones y tal vez de culturas enteras han requerido de un proceso de sedimentación, semejante al proceso de desarrollo de las instituciones mismas. Así, las ideas filosóficas que contribuyen a la constitución del Estado son parte de la historia «tout court», tanto como lo son de la historia de las ideas. Pero como se trata al mismo tiempo de ideas filosóficas, también forman parte de la historia de la filosofía.

Es esta relación indisoluble entre concepciones filosóficas e instituciones lo que hace históricas a dichas concepciones, y es lo que hace necesaria una perspectiva histórica para la discusión filosófica de algunas cuestiones morales y políticas que emergen de la multiculturalidad. Esto significa que cualquiera que se comprometa con la actividad intelectual de analizar el Estado tiene que comprometerse también con un análisis filosófico tanto como con uno histórico-filosófico.

La comunidad filosófica y la división intelectual del trabajo filosófico

He sostenido que la historia de la filosofía es pertinente para la filosofía moral y política, al menos en tres sentidos:

1) Porque una perspectiva y un conocimiento históricos son útiles, aunque no necesarios, para conformar ideas que son pertinentes para comprender problemas y proponer soluciones y guías para la acción en relación con problemas morales y políticos.
2) Porque muchos análisis filosóficos están conceptualmente conectados a una tradición, y una tradición es tanto un objeto histórico como una herramienta conceptual, la cual puede operar en la comprensión de los problemas y como trasfondo para ofrecer soluciones.
3) Porque los análisis históricos de ideas filosóficas son necesarios para comprender el fundamento de instituciones y de culturas. La identidad de algunas instituciones como el Estado, y de muchas culturas, depende en parte de ideas filosóficas. Por consiguiente, para poder comprender correctamente a esas instituciones, es necesario comprender las ideas que contribuyeron a definir su identidad tal y como fueron discutidas en su origen y como se desarrollaron en la historia. Esta comprensión es a su vez necesaria si se proponen cambios en las

instituciones o en los rasgos fundamentales de las culturas. Pero esa comprensión es histórica y filosófica a la vez.

Ahora bien, habiendo sostenido lo anterior, quisiera concluir declarando que la tesis aquí defendida no implica que sea necesario que un solo individuo deba desarrollar tanto ideas filosóficas como estudios histórico-filosóficos para hacer importantes contribuciones a la filosofía.

Quisiera subrayar más bien que el desarrollo de la filosofía, como el de cualquier otra disciplina, es una tarea de una comunidad. La historia de la filosofía es necesaria para tratar de manera adecuada los problemas que emergen de la multiculturalidad. Pero la tarea de enfrentar esos problemas es colectiva. Más aún, la tarea de elaborar el instrumental conceptual adecuado para pensar en esos problemas y para proponer soluciones, en tanto es filosófica, es tarea de la comunidad filosófica.

Dentro de la comunidad filosófica, de manera espontánea u organizada, hay una división del trabajo. Así, la tesis que he defendido no implica que cada contribución individual a los problemas de la multiculturalidad deba incluir análisis históricos. Lo que implica es que si la comunidad filosófica ha de hacer contribuciones importantes para la comprensión de esos problemas, y más aún, si ha de hacer propuestas que afecten al Estado, a las culturas tradicionales y a sus relaciones, entonces debe producir análisis histórico-filosóficos en los cuales se analicen las tradiciones filosóficas y se examine su operación, y en donde se hagan explícitas y se critiquen las ideas que han constituido a las instituciones relevantes.

La comunidad filosófica puede estar organizada de manera tal que algunos de sus miembros se concentren en la discusión histórica estricta -en contextos del pasado-, algunos otros de sus miembros sobre ideas del pasado de una manera pertinente para los problemas actuales, otros más sobre discusiones puramente conceptuales dentro del contexto contemporáneo, y todavía otros que apliquen las ideas a problemas y a situaciones concretos. Lo que es importante es que la comunidad garantice que se cubra todo ese espectro. La situación óptima es aquélla en donde los diferentes miembros de la comunidad, y los diversos grupos que se especializan en cada uno de esos aspectos, establecen una estrecha comunicación, intercambian ideas, se critican constructivamente y desarrollan controversias enriquecedoras, pues todo eso ayuda a construir teorías más profundas. Algunos individuos querrán concentrarse y especializarse en algunos campos dentro del amplio espectro. Otros, quizá con más talento, desearán y serán capaces de abarcar varios, o todos, los campos. Éste ha sido el caso de los tres filósofos cuyo trabajo hemos comentado. Eso explica en buena parte su liderazgo dentro de la comunidad filosófica latinoamericana.

REFERENCIAS

Cabrera, Isabel 1996, «Actitud y valores. En torno a la concepción moral de Fernando Salmerón», en L. Olivé y L. Villoro (eds.) 1996, pp. 245-251.

Garzón Valdés, Ernesto 1993, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.

Garzón Valdés, Ernesto 1993a, «El problema ético de las minorías étnicas», en L. Olivé (ed.) *Ética y Diversidad Cultural*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, pp. 31-57.

Garzón Valdés, Ernesto 1993b, «La antinomia entre las culturas», en Garzón Valdés y Salmerón (eds.), *Epistemología y Cultura, en torno a la obra de Luis Villoro*, UNAM, México, 219-242.

Garzón Valdés, Ernesto 1996, «Algunas confusiones acerca de los problemas morales de la diversidad cultural», en Villoro y Olivé (eds.) 1996, pp. 81-109.

Gracia, Jorge, *Philosophy and Its History, Issues in Philosophical Historiography*, State University of New York Press, Albany N.Y., 1992.

Gutmann, Amy 1994 (editora), *Multiculturalism, Examining the Politics of Recognition*, Princeton University Press, Princeton, N. J.

Kymlicka, Will 1989, *Liberalism, Community, and Culture*, Oxford University Press.

Kymlicka, Will (ed.) 1995, *The Rights of Minority Cultures*, Oxford University Press.

Laudan, Larry 1996, *Beyond Positivism and Relativism*, Westview Press, Boulder, Colorado.

Salmerón, Fernando 1971, *La Filosofía y las Actitudes Morales*, Siglo XXI Editores, México.

Salmerón, Fernando 1988, «Moralidad y racionalidad», en L. Olivé (ed.), *Racionalidad*, Siglo XXI (ed.), México, 1988, pp. 19-45.

Salmerón, Fernando 1991, *Enseñanza y Filosofía*, Fondo de Cultura Económica.

Salmerón, Fernando 1996, «Ética y diversidad cultural», en *Cuestiones Morales*, Osvaldo Guariglia (ed.), volumen 12 de la *ENCICLOPEDIA IBEROAMERICANA DE FILOSOFÍA*, Ed. Trotta-CSIC, Madrid, 1996, pp. 67-85.

Salmerón, Fernando 1998, *Diversidad Cultural y Tolerancia*, Paidós-UNAM, México.

Salmerón F. y L. Olivé (eds.) 1994, *La Identidad Personal y la Colectiva*, UNAM, México.

Taylor, Charles 1994, «The politics of recognition», en Gutmann 1994.

Villoro, Luis 1982, *Creer, Saber, Conocer*, Siglo XXI Editores, México.

Villoro, Luis 1985, «Autenticidad en la cultura», en *El Concepto de Ideología y otros ensayos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985, pp. 171-196.

Villoro, Luis 1993, «Aproximaciones a una ética de la cultura», en León Olivé (ed.), *Ética y Diversidad Cultural*, Fondo de Cultura Económica-UNAM, México, pp. 131-154.

Villoro, Luis 1994, «Sobre la identidad de los pueblos», en Salmerón y Olivé (eds.) 1994, pp. 85-100.

Villoro, Luis 1995, «¿Crisis del Estado-nación mexicano?», *Dialéctica* (México), Nueva época, Año 18, núm. 27, 1995, pp. 14-23.
Villoro, Luis 1996, «Igualdad y diferencia: un dilema político», en Villoro y Olivé (eds.), 1996, pp. 111-122.
Villoro, Luis 1998, *Estado Plural, Pluralidad de Culturas*, Paidós-UNAM, México.
Villoro, Luis y Olivé León (eds.) 1996, *Filosofía Moral, Educación e Historia. Homenaje a Fernando Salmerón*, UNAM, México, 1996.

SOBRE EL DELITO DE INJURIAS Y LOS ACTOS SEMIÓTICOS PERFORMATIVOS (un análisis de los actos semióticos antijurídicos)

Los delitos llamados de opinión o aquellos que atientan contra el honor y la buena fama o dignidad comparten todos ellos un segmento de comunidad: todos comparten que el hecho o acto antijurídico tiene naturaleza semiótica. La materialidad común reside en una expresión o conjunto de expresiones, mayormente lingüísticas, que dicen algo de alguien.

La naturaleza semiótica de estos delitos no se puede limitar a las expresiones lingüísticas sino que contienen también fotos, películas, viñetas, narraciones, videos, actos significativos (como la quema o ultraje a la bandera, la destrucción o el menosprecio de símbolos religiosos, actos contra la foto del rey, etc.) que exceden en mucho la simple expresión lingüística. Los delitos de naturaleza frecuentemente lingüística como suelen ser la calumnia y especialmente la injuria quedan subsumidos dentro de esta categoría de delitos semióticos[1]. Esto supone que el análisis semiótico puede ser un instrumento auxiliar y pericial fundamental en el análisis jurídico de este supuesto delictivo.

1. El problema de la intencionalidad en los delitos de injuria

1. 1. La naturaleza causalista de la intención y el análisis lingüístico

Una de las cuestiones más venerables del pensamiento moderno recae en la entidad de la intención. En lo que más nos interesa aquí son dos las controversias relevantes: por un lado, la disputa sobre la existencia operativa de la intención en el gobierno y la explicación de la conducta humana consciente. El conductismo niega la existencia de la intención, mientras que el sicoanálisis reconoce la existencia de una intencionalidad oculta e inconsciente. Por otro lado, nos encontramos con el problema gnoseológico de cómo acceder, y si esto es posible, al conocimiento de la intencionalidad.

[1] Mirar definición de semiología y de semiótica. Greimas, A. J.; Courtés, J. *Semiótica. Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*. Editorial Gredos. Madrid. 1990. Págs. 361-362.

Como se puede observar ambas controversias están vinculadas a la teoría del conocimiento y más concretamente a la teoría de la conciencia. Existen dos planos de relación entre la teoría del conocimiento y la teoría de la intencionalidad. En el plano de la racionalidad práctica la cuestión es el papel que juega en el gobierno de la conducta la intención. Y el plano relevante para la racionalidad teórica reside en las vías de acceso al conocimiento de la intencionalidad. Si el cuerpo de la intención es el lenguaje, tenemos un objeto de accesibilidad posible que podemos someter a disputa y análisis intersubjetivo. El giro lingüístico en los estudios de la intención han sacado a ésta del solipsismo individualista que hacía imposible el estudio social del fenómeno.

Pero este enfoque socio-lingüístico se ve distorsionado por la estructura causalista de comprensión de la intencionalidad. El acto intencional es definido como un acto síquico en el que existe una relación directa entre el contenido mental presente en el acto y el contenido exterior que se postula en el acto síquico como resultado o efecto final deseado del acto síquico previo. Por lo tanto, sea o no efectivamente el resultado final deseado producto de la intención, hay intencionalidad cuando ha habido presencia en el acto síquico del deseo de producir un determinado resultado en el plano externo y físico. El problema es pues cómo mostrar que ha existido este contenido síquico de intención, o lo que es igual, mostrar que hay intención. Para nada es válida la simple expresión de voluntad literal del individuo antes, durante, o después del acto síquico de la intencionalidad. El individuo puede mentir o errar. Si el único argumento de fiabilidad estuviera centrado en el testimonio de la experiencia de aquel que ha sido sujeto físico del acto síquico de intención estaríamos ante un falso argumento o criterio que consistiría en el «criterio de que no hay criterio». Al igual que no podemos admitir como criterio de identidad la «autoidentidad de lo indiscernible», tampoco podemos admitir que el vacío de criterio es un criterio como la ausencia de hombres no es un hombre.

Se podrá alegar que en realidad estamos ante una versión, más o menos renovada, del viejo «criterio de autoridad» centrado esta vez en el sujeto. Esto sería una forma de idealismo atroz que ni Berkeley fue capaz de enunciar con tanta rotundidad. El criterio de autoridad invoca una asociación que es ilegítima desde una concepción participativa de la construcción racional de la realidad, ya que concentra el poder simbólico de producción de significados y reglas en una sola regla, una regla de adjudicación que no establece cómo sino quién decide[2]. Es aquello que pretendió reconstruir sutilmente

[2] También podemos hablar de la las condiciones políticas (o sociales) de la verdad. El «criterio de autoridad» aunque sea en la versión abstracta del idealismo sujetivista nos remite a unas condiciones políticas de producción de la verdad autocráticas, monista, jerárquicas y simplificadoras.

Schmitt cuando definió la esencia de la soberanía en la capacidad de decidir el «estado de excepción»; es decir, en la competencia para establecer fugas autocráticas a la regla participativa del Derecho y la razonabilidad. Desechamos el argumento de autoridad por que no es un argumento razonable.

Pero volvamos al problema suscitado entre la perspectiva causalista y la comprensión lingüística de la intencionalidad. ¿Qué utilidad tiene el análisis lingüístico si hemos de seguir buscado en el territorio insondable de la conciencia el contenido síquico causal de la intención? Sólo la utilidad de la declaración verbal o escrita del sujeto actor de la intención, que ya hemos rebatido anteriormente. ¿Hemos de renunciar a este enfoque causalista? En cierto sentido éste es uno de los precios que hay que pagar si queremos permitir al enfoque socio-lingüístico que despliegue todas sus virtualidades heurísticas.

El problema de la causalidad ha de ser visto en el caso que tratamos de dos formas distintas. La causalidad como autoría individualizada de los actos antijurídicos. En este sentido la causalidad constituye una garantía procesal ineludible en cualquier proceso penal, y por tanto también en los procesos de injuria. Nada tenemos contra tal presencia del principio de causalidad. La crítica que aquí manifestamos se refiere a un segundo uso posible del principio de causalidad: a la objetiva ción de la intención como causa detectable y efectiva del acto semiótico injurioso. La refutación es a la intención como causa de la injuria. El uso de la intención en la determinación del acto semiótico injurioso no se puede establecer por ningún proceso de inferencia (deductiva o inductiva) a través del *modus ponens* o del *modus tollens* sino por medio de un análisis pragmático basado en la lógica abductiva que es la que está vinculada a la emergencia del significado[3].

El objeto intencional no es un estado o presencia mental inicial que opera sobre un determinado estado final externo como la causa sobre el efecto. La intencionalidad hay que verla más bien como una *estrategia semiótica* cuyos efectos no son separables del despliegue pragmático de la misma. De esta manera no hay que recurrir a ninguna anamnesis mentalista, ni a ninguna epistemología hipnótica que nos muestre cuál es la verdadera intención del sujeto (el verdadero contenido inicial del acto síquico). La intención no es una causa subjetiva sino un resultado pragmático.

La materia con que está fabricada esta *estrategia semiótica* no es otra que los signos y los símbolos y su estructura lingüística. La comunicación

[3] La expresión «lógica abductiva» es usada por Peirce.

no-verbal y somática contiene una gramática analógicamente lingüística. Por lo tanto esta materia es accesible al estudio y a la disputa razonable entre todos los sujetos competentes en la comunidad semiótica donde esa estrategia se desarrolle.

1.2. El objeto intencional como fantasma

En términos sicoanalíticos el fantasma se corresponde con lo que Lacan denominó el «objeto a» que remite a la posición del otro en cuanto alteridad desconocida. El «objeto a» es el lugar de la variable, el lugar vacío que interroga incesantemente desde la ausencia. El fantasma en cuanto que convierte el deseo del sujeto en objeto de este mismo sujeto, y comporta por tanto una cierta autoconversión del sujeto en objeto, supone una forma de objetivación del «objeto a», aunque eso sí, una forma muy elaborada.

Una de las formas como el sujeto construye su presencia ante el «objeto a» es desde el sentimiento de la pérdida, de la ausencia de algo que se tuvo y se perdió. El fantasma es la narración que reconstruye una alternativa de retorno fingido hacia el lugar y el objeto pretendidamente perdido. La intencionalidad es fantasmagórica porque cubre ese doble movimiento de autoconversión del sujeto en objeto y de recuperación cuasi-delirante de la unidad y la soberanía del sujeto. En lo referente a la intención estamos ante lo que nos atrevemos a llamar un «fantasma conceptual» que opera del modo en que lo haría un «algoritmo fantasmático». El concepto de intencionalidad produce fantasma porque presupone un lugar seguro en la producción y el gobierno de los fenómenos fantasmáticos[4].

La ontologización de la intención establece una morada cierta y segura, sustancializada, de existencia del fantasma en el deseo. Así como la subjetividad era el nuevo suelo de la ontología moderna, la intención es el soporte óntico del fantasma. Lo deseado es sustancializado por medio de la «existencia intencional». Todo esto conduce, sin escapatoria posible, hacia una mecánica del deseo que el confesor, el sicólogo o el jurista creen saber cómo indagar por medio de precisas metodologías. En la moral la intención marca la calidad moral del acto y de la conducta. Y en el Derecho la intencionalidad fija la magnitud de la antijuridicidad de una conducta. Las vinculaciones entre esta construcción de la intencionalidad y la doctrina de la culpa son evidentes[5].

---

[4] Dice Miguel Garcí-Baró: «un fenómeno es intencional cuando incluye como una parte no ingrediente de él mismo -sino in-existente intencionalmente en él- otro fenómeno». Miguel Garci-Baró: *Categorías, intencionalidad y números*. Madrid: Tecnos, 1993. Pág. 158.

[5] El sujeto vive de fantasmas y no puede imaginar, ni desear sin ellos. La aberrante aspiración a un sujeto sin fantasmas puede acarrear la conversión del sujeto en fantasma, como ocurre con la teoría de la intencionalidad.

La conversión del gobierno de la conducta en una entidad de accesibilidad limitada al sujeto tiene dos consecuencias materiales: el sujeto se toma en un exilado de su propia conducta y en un siervo de su propia subjetividad sustancializada en la intención. Y por otro lado, la comunidad queda también alejada de la consideración, al excluirse la racionalidad dialógica. El mantenimiento de la teoría mecanicista de la intención en el discurso jurídico sólo puede ayudar al mantenimiento de una práctica jurídica autoritaria.

1.3. La posibilidad de una intencionalidad discursiva o semiótica

Es obvio que el significado sólo actúa inmerso en una baño de sentido. La pregunta por la intencionalidad de un acto de habla o de un acto gestual sólo puede ser respondida reformulando la pregunta en los términos no de interrogación por la intención, sino de interrogación por el significado de ese acto de habla o gestual. Los distintos planos del significado permiten la atención específica que la pregunta por la intencionalidad plantea pero siempre desde la perspectiva socio-lingüística y no desde el interiorismo sicologista y causalista.

El dualismo (mente-cuerpo, sujeto-objeto) es inseparable de gran parte de las reflexiones causalistas sobre la intencionalidad. Un giro semiótico comporta el abandono de este dualismo en favor de una teoría ecológica del significado y de la acción[6]. Paul Ricoeur se muestra favorable a la lectura lingüística de la intencionalidad en detrimento de la lectura fenomenológica sicologista en base a dos argumentos muy similares a los que sostienen nuestra opción:

(a) Evita las dificultades de la introspección y sitúa los significados en la esfera pública del enunciado lingüístico.

(b) Mientras que la aproximación fenomenológica recurre a la intuición, la aproximación socio-lingüística recurre al significado[7].

Pero la apuesta lingüística no resuelve en sí misma las dificultades que encontramos al enfrentarnos con ese «objeto a» que es la intencionalidad, pues como también nos recuerda Ricoeur, vuelven a surgir teorías del significado que reconstruyen el dualismo. Éste es el caso de la teoría intuitiva fenomenológica del sentido en oposición a la teoría pragmática del uso lingüístico. El uso semiótico de cualquier acto de habla, escrito o gestual, está enmarcado dentro de una estrategia semiótica que denota socialmente, pragmáticamente, la intencionalidad discursiva que realiza. La cuestión en los actos performativos no es lo que se pretende o intenta realizar, aquí no

[6] Por teoría ecológica entendemos una teoría sustentada sobre las bases del paradigma ecológico. Ver Garrido, Francisco: *La Ecología Política como política del tiempo*. Granada: Comares. Ecorama, 1996.

[7] Ricoeur, Paul: *El discurso de la acción*. Madrid: Cátedra, 1988. Pág. 133.

hay formación potencial de significado, sino la realización material del mismo. La estrategia semiótica, y la intencionalidad discursiva, no es algo que cuenta sólo con el sujeto y su deseo, sino con la realización pragmática de un conjunto de significados objetivados en enunciados lingüísticos o en actos gestuales. La intencionalidad discursiva surge en la interacción estratégica y no en la elaboración solipsista de la mente o de la conciencia del sujeto emisor. El concepto mismo de estrategia remite siempre a la estructura de acción del juego. Un refrán dice que no «insulta el que quiere sino el que puede», pues eso mismo podíamos decir de la intencionalidad discursiva, no es algo que dependa exclusivamente del querer (subjetivo-intencional), sino del poder (social) y del éxito del despliegue de una estrategia.

2. La conducta lingüística: los actos de habla

Todo lo anteriormente visto nos lleva a convenir que el lenguaje informa la conducta humana. Existe un conjunto de interrogantes y de conflictos sociales que tienen en el lenguaje humano el espacio, no simplemente la expresión (esto sería asumir la doctrina dualista de la expresión o la representación figurativa), de realización, llamémosle así, material.

A continuación vamos a desarrollar un breve repaso por la evolución del concepto de intencionalidad en la teoría y la filosofía del lenguaje contemporánea.

2. 1. La teoría del significado en Wittgenstein: uso y juegos de lenguaje

Wittgenstein, en especial el segundo Wittgenstein de las *Investigaciones Filosóficas*, recusó la teoría representacional del significado (que llamará la teoría de la etiqueta)[8]. La teoría representacional mantiene que el significado de una palabra es un estado o un objeto físico exterior al lenguaje al que denota o representa la expresión o el término lingüístico. Frente a estas tesis, Wittgenstein construirá una teoría relacional y sistémica del significado, anclada sobre dos ideas básicas íntimamente vinculadas: el concepto de «juego de lenguaje» y el concepto de «uso lingüístico».

Los «juegos de lenguaje» son para Wittgenstein un sistema de relaciones de expresiones y términos articulados en tomo a dos gramáticas: la gramática superficial (aquella que convierte a la expresión en significativa) y la gramática profunda o lógica (que nos informa de la estructura lógica del juego)[9]. Los juegos de lenguaje constituyen un auténtico contexto o campo formal de significación.

---

[8] Wittgenstein, L.: *Investigaciones Filosóficas*. Barcelona: Grigalbo. Crítica. 1991.

[9] Juan José Acero, Eduardo Bustos y Daniel Quesada: *Introducción a la Filosofía del Lenguaje*. Madrid: Cátedra. 1995.

El significado está determinado por el uso de una expresión en un juego de lenguaje específico. Por ejemplo, el verbo «gozar» no significa lo mismo en el juego de lenguaje del sicoanálisis que en el juego de lenguaje del Derecho o de la sexología. Es pues el uso relativo y sistémico de una expresión el que demarca su significado y no ningún vínculo adámico con objetos o estados externos al lenguaje. Wittgenstein nos aporta la teoría del significado como el *uso* específico de un acto de habla dentro de un espacio de significación concreto (*juego de lenguaje*).

2.2. Los Actos de habla de Austin

J. L. Austin construyó una teoría de los actos de habla a partir de la cual se suprimía la barrera ontológica entre lenguaje y realidad o facticidad. El lenguaje produce actos que forman parte de la realidad y que inciden ella como los actos no lingüísticos. Con ello queda desechada la idea de que el significado es un puente entre el lenguaje y la realidad externa[10]. El lenguaje forma parte de la praxis social y no puede ser expulsado al limbo de la semántica.

Austin distingue tres tipos de actos de habla: actos *locutivos* (consiste en decir algo), actos inlocutivos (es el acto que se realiza al decir algo) y acto perlocutivo (es el acto que se realiza por el hecho de haber realizado un acto inlocutivo). De todos estos actos el que más nos interesa aquí es el acto perlocutivo, también llamado performativo. Y esto es así por varias razones: es el tipo de actos donde las características del acto de habla en cuanto tal son más evidente. Y en segundo lugar, porque éste es el tipo de acto que mejor se adapta al análisis de las conductas semióticas delictivas en cuanto conductas delictivas en sí mismas y no como simple representación o expresión de la comisión del delito.

El hecho de que exista un tipo de actos semióticos performativos que conllevan la realización de su significado en la misma ejecutoria del acto, nos abre las puertas a una consideración estrictamente lingüística y semiótica del significado (y de la intención), sin necesidad de recurrir al introyectismo sicológico o a la fantasmagoría intencional. De Austin pues nos quedamos con la inmersión social del lenguaje a través de los *actos de habla* y con la delimitación de un acto de habla peculiar como el *perlocutivo o performativo*.

2.3. La teoría holística de Quine

«El holismo en mi versión moderada representa una corrección obvia pero importantísima a la ingenua concepción que cree posible otorgar a cada

[10] Austin, J. *Palabras y acciones*. Paidós. Buenos Aires. 1971.

oración científica un contenido empírico separado»[11], esto nos dice Quine para marcar las diferencias con la teoría descriptivista del significado. El ataque de Quine a la distinción entre enunciados analíticos y enunciados sintéticos contradice frontalmente la existencia de enunciados analíticos y de enunciados sintéticos relativos[12]. La cercanía epistemológica entre la entidad analítica y la construcción sustantivizadora de la intencionalidad es evidente. De aquí el rechazo también de Quine a cualquier doctrina de la intención que presente a esta como «causa última» del significado de la acción, y en especial de la acción lingüística.

La propuesta de Quine de un *«holismo semántico»* atrapa a la intencionalidad en el significado y a éste en la interpretación inmanente y holista. De esta forma, la competencia entre teorías rivales ya no es una batalla ingenua ante el tribunal de la razón objetiva y universal. La ambición es mucho más modesta, construir hipótesis que obedezcan mejor a una conjunto de virtudes que hacen preferible (no más verdaderas) unas hipótesis a otras: «conservadurismo, generalidad, simplicidad, refutabilidad y modestia»[13].

La segunda propuesta que nos interesa de Quine es su alegato contra la traducción radical y a favor de la *indeterminación de la traducción*. La negación de la equivalencia de significados, basada en la negación de la sustantivación y de la existencia de la intencionalidad, conlleva la imposibilidad de un sistema de reglas universales y perfecto de traducción de un enunciado en función de los objetos intencionales que supuestamente expresan o significan.

La posibilidad de la interpretación o la posibilidad de la traducción sólo es factible en el espacio de un marco holístico y global de significación: no es posible la determinación *a priori* de la interpretación, del significado o de la traducción. La búsqueda de la intencionalidad de una conducta verbal o gestual no puede ser escudriñada en el remoto paraje de las «causas últimas» del sujeto a través del «objeto intencional», sino en la praxis situacional e institucional del contexto de significación socialmente dominante. Quine desenmascara la equivalencia existente entre el «objeto intencional» y la «proposición intencional».

2.4. La semiótica y el análisis pragmático de la intencionalidad

El significado real depende del contexto de interlocución y de interpretación en el que un enunciado o una preferencia es emitida. En esto coinciden todas las escuelas pragmáticas desde Price y Henry James hasta Grice

---

[11] Quine, W. V.*: La búsqueda de la verdad*. Barcelona: Crítica. 1992.

[12] Quine, W. V O.: *Desde un punto de vista lógico*. Barcelona: Orbis, 1984.

[13] Quine, W. V. O.*: La búsqueda de la verdad*, op. cit, págs. 42-43.

y la pragmática del lenguaje. A lo largo de este repaso sobre distintas visiones de la vinculación entre intencionalidad y significado la determinación sistémica y situacional es una constante. La teoría pragmática del significado viene a completar todo este ciclo del «giro sistémico y lingüístico» al situar entre sus objetivos disiciplinares específicos el establecimiento de las condiciones de posibilidad (material y formal, si esta distinción dice algo) para que algo (un enunciado, un gesto, un objeto) signifique algo para alguien. Nuestro objetivo será dar la vuelta a la dirección de este programa de indagación y no preguntamos cuáles son las condiciones para que haya significado, sino indagar cuál es el significado concreto de un enunciado o proferencia a partir del conocimiento de la morfología estructural de las condiciones de posibilidad de la significación. Sería la aplicación invertida y utilitaria de las condiciones trascendentales y pragmáticas del significado: una «maquina de la verdad-relativa», podríamos llamarla, si se nos permite la ironía.

Grice distinguió dos tipos iniciales de proferencia en virtud de la intención del sujeto emisor. Las proferencias exhibitivas, que eran aquellas mediantes las cuales el hablante perseguía impartir al oyente una idea, razón, argumento u opinión. En el caso de las proferencias protrépticas el hablante pretende inculcar en el oyente una cierta actitud o predisposición para la comisión de una conducta determinada. Entre las virtudes heurísticas que esta distinción tiene se encuentra que la detección de la intencionalidad no ocurre por ninguna regresión sicologistas, sino por el análisis pragmático del contexto de significación de la proferencia. De esta manera no llegamos a saber cuál fue la intención real[14] del autor al emitir la proferencia pero sí sabemos cuál es el significado: es decir, el resultado semiótico real y efectivo.

La intencionalidad no es un «estado o imagen mental» del sujeto aislado, ni un «objeto, eidético» que vive en la conciencia inaccesible del hablante, sino un componente más del acto semiótico concreto que se produce en la implicación conversacional (otro concepto proveniente de la pragmática de Grice).

La semántica se resuelve en la pragmática. El lenguaje, que es un sistema vivo, evoluciona, produciendo desencuentros entre el significado atemporal de un término o expresión y el significado ocasional. Este desencuentro reproduce, de alguna manera, el proceso en el que se forma la metáfora:

[14] Entendiendo por real aquella intención que como idea, propósito, imagen mental o estado emocional era actual en el momento en que la proferencia o el enunciado fueron producidos. El concepto de realidad se equipara aquí al concepto de actualidad como momento de ejecución efectiva del acto. Esta reducción es muy común, nada tenemos contra la misma siempre y cuando se especifique estas limitaciones ad hoc de un término como el de «realidad» tan polisémico.

la impertinencia semántica. Ningún sistema de codificación simple y estrecho, del tipo de los códigos binarios de la teoría descriptivista o representacional del significado o de la teoría de la verdad como correspondencia son capaces de dar cuenta de la lengua viva y de los cambios en ésta. Estos códigos funcionarían bien si la lengua y los hablantes se comportaran como diccionarios invernados en un tiempo y en un espacio inamovibles.

Esta demanda de sistematicidad dinámica es la que nos lleva hacia una teoría de la pragmática como la semiótica que recoge no solo el ámbito de la significación estrictamente cognotativa-lingüística, sino que engloba el estudio de todo sistema de producción de signos[15]. La visión de la pragmática que se deriva desde la semiología es mucho más compleja, dinámica, plástica y abierta que la reflejada por el pragmatismo norteamericano. No se produce una descripción del proceso comunicativo como un movimiento unidimensional y bilateral de transmisión de información entre un emisor y un receptor, donde se presupone que el emisor posee algo que con alguna intención es enviado al receptor.

La semiótica desiste de comprender la comunicación como un acto necesariamente consciente, voluntario y mecánico. La función de «intencionalidad semiótica» nos ayuda a entender la intencionalidad de una acto como una «situación pragmática» que consiste en la tensión entre dos modos de existencia la «virtualidad» y la «realización». Y es la tensión, no los dos modos en conflicto, lo que demarca el espacio propicio para la determinación de la significación de la intención.

2.5. La intencionalidad y el correlato hechos-ley en la antropología hermenéutica de Clifford Geertz

El correlato entre hecho y ley es el punto de partida de las reflexiones que desde la antropología hermenéutica realiza Geertz sobre la naturaleza de la racionalidad y el conocimiento jurídico. La distinción entre lo justo y lo injusto (*acto y facultad del juicio*) y la distinción entre lo existente y lo inexistente (*acto y facultad de la prueba*) atraviesan la diferencia radical que el imaginario jurídico moderno y occidental establece entre los hechos y las leyes[16].

---

[15] Greimas, A. J., Courtés, J.: *Semiótica. Diccionario razonado de la teoría del lenguaje*. Op. cit. Kalinowski, George. *La semiótica Jurídica. Para una teoría de las expresiones de las funciones lingüísticas*. CELIJS. Facultad de Derecho. Universidad de Carabobo. Valencia. Venezuela. 1985. Carzo, D. and Jackson, B. S. *Semiotics, Law and Social Science*. Gangemi editore. The Liverpool Law Review. Roma. 1985. Nerhot, P. *Law, Interpretation and Reality. Essays in Epistemology, Hermeneutics and Jurisprudence*. Kluwer Academic Publishers. Dordrecht. Nederland. 1990.

[16] Geertz. G. *El conocimiento local. Ensayo sobre la interpretación de las culturas*. Paidós Básica. Barcelona. 1994. Págs, 195-262.

Para Geertz el Derecho, como el arte, la ciencia o la religión son formas y operaciones (esquema conceptuales y simbólicos) de interpretación y representación (y por tanto de construcción) que proponen «un mundo en el que tengan sentido sus descripciones»[17]. Desde esta perspectiva, el problema pues no reside en la adecuación, más o menos exacta entre leyes y hechos, sino en la capacidad de dotar de sentido a la realidad social por parte del Derecho a partir de esta dualidad.

Las normas, las ficciones jurídicas, los procedimientos y formas, las instituciones y creencias sobre los que se asienta la práctica del Derecho forman parte de las instituciones que construyen una determinada vida social. Es decir, pertenecen al entramado, supuestamente fáctico, sobre el que se supone han de intervenir con fines estrictamente organizativos y regulativos (como parece decir el funcionalismo).

El hecho y la ley son productos de una misma matriz hermenéutica y carece de sentido que pretendamos otorgar una naturaleza ontológicamente distinta a uno u a otra; tan regulativo es el hecho como descriptiva la ley. Para Geertz lo relevante es comprender el modo en que «las instituciones del Derecho se trasladan de un lenguaje de la imaginación a otro de la decisión»[18].

Y este aspecto de la determinación y la orientación hacia la decisión le otorga sentido a la misma autorrepresentación del Derecho que a modo de metalenguaje engloba en su interior la distinción entre hecho y ley. La comparación que el autor hace con el Derecho islámico es relevante a este respecto: «El punto esencial es que las energías que, en la tradición occidental, se han dedicado a distinguir la ley del hecho, y a desarrollar procedimientos que impidan que se contaminen entre sí, se ha dedicado, en la islámica, a conectarlos, y a desarrollar procedimientos para profundizar en la conexión»[19]. La distinción radical entre hecho y ley forma parte de las ficciones internas del discurso y del imaginario jurídico. A sabiendas de que este imaginario no es ni un aparte, ni un cualquiera dentro de la tradición occidental sino una parte esencial de la forma de representar el mundo de lo occidental. Podemos decir, y aquí la afirmación es exclusivamente nuestra, parafraseando a Lacan que el «imaginario colectivo de occidente es jurista».

Los hechos funcionan en el interior de lo jurídico como metáforas de los principios: metáforas locales y contingentes que el principio (la norma) sólo puede enunciar en la descripción de las intenciones y objetivos.

---

[17] Geertz, G. *Conocimiento local*. Op. cit. Pág. 202.

[18] Geertz, G. *Conocimiento local*. Op. cit. Pág. 203.

[19] Geertz, G. *Conocimiento local*. Op. cit. Pág. 225.

En otro trabajo de Geertz titulado *El pensar en cuanto acto moral* hay una clara inclusión del acto intelectual entre el conjunto de actos posibles[20]. El autor, siguiendo a J. Dewey, afirma literalmente que «el pensamiento es conducta y debe ser juzgado moralmente como tal»[21]. Las intenciones entran de lleno en el «pensamiento», y por tanto en las conductas intelectuales que tienen su expresión (y realización) en las conductas lingüísticas. Los actos de habla son actos intelectuales. Actos cuya actividad reside en la producción de significados que construyen, orientan, prohíben e interpretan decisiones.

Para Geertz la compresión de estos actos de habla sólo es posible en el círculo abierto de la hermenéutica cultural. Si todo acto (y todo hecho) conlleva una carga semiótica, y por eso existe, porque tiene significado; el acto lingüístico adquiere su naturaleza de la interpretación circunstanciada.

Cuando el hecho delictivo reside en una acción intelectual como es la acción semiótica, es más claro que nunca que la ley y el hecho son representaciones pragmáticas de una misma matriz valorativa y de representación-construcción de mundos con sentido local. La reducción del acto semiótico al significado pragmático del acto lingüístico va pareja a la comprensión pragmática del universo semántico de la norma. La pregunta ¿qué significa difamar? ha de ser contestada por igual y con igual dificultad contextual por la norma (la ley) y por el supuesto fáctico (la conducta lingüística).

2.6. El concepto de acto intencional en Daniel C. Dennett

Para Dennett el acto intencional está constituido no por cualquier movimiento corporal sino por algunos que están «*bajo descripciones particulares*»[22]. Estas «descripciones particulares» están sometidas a dos condiciones: el acto ha de ser en primer lugar un acto consciente (el actor o sujeto ha de «darse cuenta»); y en segundo lugar, el acto intencional ha de ser un acto de cuya ejecución el sujeto sea capaz de dar razones (o motivaciones que justifiquen la acción).

Dennet, siguiendo a Anscombe, mantiene la distinción entre acto intencional y acto voluntario. La diferencia reside en la ausencia de la segunda condición que ha darse para que estemos ante un acto intencional: la capacidad de dar razones. Hay acto voluntario cuando el sujeto es capaz de «darse cuenta» de lo que realiza pero esto no es suficiente para establecer el acto

[20] Este trabajo está incluso en el libro Geertz, G. *Los usos de la diversidad*. Paidós I.C.E/U.A.B. Barcelona. 1996. Págs. 39-63.

[21] Geertz, G. *Los usos de la diversidad*. Op. cit. Pág. 39.

[22] Dennett. D. C. *Contenido y conciencia*. Gedisa Editorial. Barcelona. 1996. Pág. 215.

intencional que implica la existencia de razón, motivo u objetivo consciente y deliberado del sujeto.

A efecto de la intencionalidad del ilícito de injurias, el *animus* comporta estos dos planos descritos: *voluntariedad* (conciencia deliberada) pero también *intencionalidad* propiamente dicha en cuanto hay deliberada intención de producir infamia (es decir, que la intención, la única o principal intención, es difamar).

El problema reside en que la aplicación de los criterios de Dennett para demarcar el acto intencional residencia en el sujeto, la voz y la decisión sobre «las razones» del acto. Si la prueba de la intencionalidad (la existencia de intención) reside en la explicación que da el mismo sujeto actuante será imposible validar la existencia del ilícito de injurias ni demostrar cualquier tipo de injurias. ¿Pero sería posible pensar desde esta doble condición del acto intencional un campo de validación distinto? Se trataría de encontrar criterios negativos contextuales y lingüísticos capaces de descartar la posibilidad de que no hubiera intención de infamar o insultar. Sentada (demostrada) la premisa de que ha habido una acto voluntario que ha producido social y subjetivamente la percepción de insulto o injuria, queda por averiguar si existe alguna razón extraña al injuriar que condicione ese acto. Es decir, si excluimos cualquier otra razón razonable de explicación de la conducta del presunto delincuente que la razón de injuriar, estaríamos cumpliendo el segundo requisito establecido por Dennet para entender que hay acto intencional, aunque en este caso no es el sujeto actor el que ha de «dar las razones» del acto sino la investigación judicial la que ha de descartar cualquier otra razón. La construcción de un criterio objetivo y público que pueda excluir cualesquiera otra intención (significación o uso) que no sea el difamatorio es esencial para dar validez a esta forzada, pero útil, interpretación de Dennet.

Quien ha de «dar razón» de la intencionalidad del enunciado es el sujeto del enunciado que, interpretado desde los criterios estructuralista o semióticos, no es ningún sujeto físico personal, sino el sujeto lingüístico *ad hoc* de ese enunciado concreto. Luego ese «dar razón» no se manifiesta en las explicaciones que el sujeto físico emita *a posteriori* sino en las intenciones (significado) que están inscritas en la forma lógica y en la estructura semiótica del enunciado. Si a esto añadimos que estamos enjuiciando jurídicamente una conducta verbal y no a ninguna persona física (enjuiciamiento este que sería antijurídico), obtendremos más reforzada la hipótesis de que el sujeto que ha de «dar las razones» que marcan la intencionalidad es un sujeto lingüístico íntima e indisolublemente unido al acto de lenguaje enunciado. El sujeto de este enunciado habla pues (da razones) por medio del análisis lingüístico y la semiótica.

Teniendo en cuenta que estamos inmersos en el análisis de un ilícito penal y que las garantías que protegen la fiabilidad del proceso y la integridad de los bienes en juego son de una solidez y rigor considerables, la operación deductiva por exclusión, tan arriesgada desde el punto de vista de su legalidad lógica y procesal, se ve seriamente dificultada.

Mas podemos aplicar en esta operación de regla de exclusión el principio procesal de *iuris tantum* en un sentido negativo para establecer la presencia probada de un acto injurioso cuando no ha sido posible establecer, para ese acto, cualquier otra modalidad semiótica que la performativa.

El Código Civil, en sus conocidos artículos sobre las presunciones y las «reglas del criterio humano», ha establecido las reglas de la lógica clásica como criterios límites e informadores de la argumentación jurídica[23]. Pero no debemos por ello excluir la importancia y el auxilio del análisis lógico en la determinación de los actos semióticos injuriosos. Los actos semióticos performativos carecen de valor de verdad: son válidos o inválidos pero de ellos no se puede predicar que sean falsos o verdaderos. Es por esto que en cuanto a un acto semiótico se le puede aplicar cualquier valor de verdad queda automáticamente desechada por completo su uso performativo, y por ende su naturaleza injuriosa.

2.7. La teoría de la relevancia de D. Sperber y D. Wilson

La pregunta inicial sobre la que se construye la teoría de la relevancia de Sperber y Wilson es un intento de explicar la vinculación de la teoría del significado y de la comunicación a partir de la orientación de la selección de la información en función de la eficacia cognitiva[24]. Se trata de saber cómo se hace posible la diferencia que motiva la atención y el interés comunicativo y produce un efecto exitoso de significación e información concreto en el receptor del mensaje.

Este proceso está regido por un principio de eficiencia, o mejor dicho, de maximización de la eficiencia[25]. Y esto es especialmente válido para

---

[23] Art. 153. C. C. Con ello se ignora, en los momento de redacción del C. Civil no existía otra posibilidad, todas las lógicas no monótonas y plurivalentes surgidas con posterioridad y que pueden suponer interesantes aportaciones a la teoría y la práctica de la lógica y la argumentación jurídica.

[24] «Cuando el proceso de información nueva suscita esta clase de efecto de multiplicación decimos que es relevante». Dan Sperber y Deirdre Wilson. *La relevancia*. Visor. Madrid. 1994. Pág. 65.

[25] «Lo que nosotros afirmamos es que todos los seres humanos tienden automáticamente hacia el procesamiento de información más eficiente que sea posible. Esto es así tanto si son conscientes de ello como si no. De hecho, la misma diversidad e inestabilidad de los intereses conscientes de los individuos es el resultado de perseguir este objetivo permanente en condiciones cambiantes». D. Sperber. D. Wilson. Op. cit. Pág. 66.

aquel tipo de conducta comunicativa consciente que pretende hacer ver su voluntad de comunicar o transmitir algo. Este tipo de conducta, en la que se centran los autores, es denominada conducta ostensiva-inferencial. ¿Por qué destacar este tipo de conducta comunicativa sobre otras? Según los autores este tipo de conducta conlleva una «garantía de relevancia». La conducta ostensiva se sostiene y se aplica sobre la base de garantizar (asegurar o reforzar) la función significativa, desde el criterio de maximización de la eficiencia, del principio de relevancia.

Dos criterios presiden pues la teoría de la relevancia como teoría del significado: la eficiencia comunicacional y la garantía del éxito (entendida como garantía del reconocimiento de la voluntad de relevancia de la conducta). La ostensión persigue reforzar la autoridad en la producción de relevancia de un acto o conjunto de actos determinados.

En una primera lectura superficial se podría entender que existe contradicción entre el criterio de eficiencia y el criterio de garantía. Pero tal contradicción no existe, pues en última instancia la garantía que supone, aparentemente, sólo aparentemente, un coste adicional inútil es un mecanismo de aseguramiento del éxito del criterio de eficiencia que está detrás de toda conducta comunicacional[26].

El acto ostensivo nos aporta dos niveles posible de información: uno, la información propiamente dicha, aquello que hemos conseguido que sea relevante para el receptor. Y dos, la intención explícita de comunicar, y de hacer relevante esta intención, que se produce en la conducta ostensiva. No solamente consigue que se conozca una información determinada (que sea relevante) sino también que se reconozca la intención de emitir esta información.

Hay en la conducta ostensiva cuando existe una intención explícita que se produce arropada de otras intenciones que se dan en una relación «mutuamente manifiesta»[27]. Al comunicarse por ostensión se produce un determinado estímulo con la intención de enviar con éxito una información determinada y además hacer «mutuamente manifiesto» al oyente de la voluntad de comunicación del emisor[28]. Los autores, remontándose a Grice, sostiene que esa segunda intención («mutuamente manifiesta») cumple la función de reforzar el éxito de la primera. Ergo, la garantía de la ostensividad funciona en beneficio de éxito de la eficiencia comunicativa.

---

[26] No me substraigo a la atracción poderosa de indicar la posible analogía con las funciones, y controversias, que estos dos mismos criterios (eficiencia y garantía) juegan dentro del sistema jurídico.

[27] D. Sperber. D. Wilson. Op. cit. Pág. 80.

[28] Idem. Pág. 80.

La teoría de la relevancia no olvida la naturaleza social de cualquier interpretación de una conducta comunicativa, así como de la misma conducta comunicativa en cuanto tal, es por ello que habla de lo que llaman «efecto contextual» o «ampliaciones contextuales». La intuición de la relevancia viene necesariamente condicionada por los límites interpretativos que establece «las implicaciones contextuales». De esta forma, un supuesto «que no tenga efectos contextuales en un contexto determinado es irrelevante en este contexto. En otras palabras, tener un efecto contextual en un contexto es una condición necesaria para la relevancia»[29].

La aplicación de esta teoría de la relevancia al acto semiótico injurioso nos indica que toda conducta comunicacional injuriosa si es ostensiva alcanza grados superiores de eficacia y eficiencia en el objetivo de injuriar. El acto semiótico injurioso es un acto ostensivo y performativo en el cual los dos planos de la conducta comunicacional coinciden. Aquello que se quiere transmitir y la intención misma de trasmitirlo («manifiestación mutua») contienen un mismo objetivo (normal en cualquier conducta comunicacional ostensiva) pero aportan una misma información (algo específico de la ostensividad performativa): en este caso la intención de injuriar. El reconocimiento del uso ostensivo de una conducta comunicacional es una garantía más, junto con la performatividad, de la presencia del uso injurioso de una expresión o acto comunicativo determinado.

La garantía de relevancia en el acto injurioso performativo comporta la exclusión de cualquier información autónoma, o diferente, en el primer piano informativo de la conducta ostensiva con relación al segundo plano. Es más, prodríamos aventurar incluso que la servidumbre normativa del segundo plano informativo (la «manifestación mutua») con respecto al primer plano (la relevancia) en la conducta comunicacional ostensiva y performativa de la injuria se ve invertida: es el plano segundo el que sirve a la relevancia, de lo que es relevante en la injuria, la intención de injuriar.

La implicación contextual es también muy significativa en esta aplicación al acto injurioso. Es evidente que cualquier búsqueda de relevancia injuriosa ha de tener en cuenta y buscar la alianza con las implicaciones contextuales de las expresiones o actos emitidos. No es posible establecer la relevancia sin establecer, como hemos indicado, las implicaciones contextuales. Pero es aquí, en las «implicaciones contextuales», donde podemos hallar una utilidad adicional al otro criterio de la teoría de la relevancia, el que se sitúa en la tensión entre esfuerzo y efecto: el criterio de eficiencia.

Podemos medir el grado de estimación social de la naturaleza injuriosa del acto por el grado de esfuerzo necesario para producir un efecto mayor o

[29] D. Sperber. D. Wilson. Op. cit. Pág. 155.

menor en las implicaciones contextuales. A mayor esfuerzo necesario menor consideración social de la naturaleza injuriosa del acto, y al contrario, a menor esfuerzo mayor es la consideración social de la negatividad o agresividad injuriosa de la conducta comunicativa efectuada. Así pues, contra más eficiente es una conducta comunicativa injuriosa, más gravedad reviste la consideración social del acto semiótico injurioso.

Esto puede resultar chocante con cierta percepción intuitiva del acto injurioso al que se le presupone que el empeño y esfuerzo del emisor es una constatación de su intención y voluntariedad. Y ciertamente es chocante y contradictorio. Pero esta contradicción no es esterilizante sino muy productiva. Nuestra propuesta es entender que la ineficiencia de la conducta comunicacional injuriosa es un complemento útil a la hora de medir no el uso, pero sí el grado, de intencionalidad subjetiva del acto semiótico injurioso. Cuanto más esfuerzo requiere para la obtención de menos efecto, más grado de intencionalidad subjetiva se puede presuponer. De tal modo que la medición de eficiencia del acto semiótico nos ofrece dos informaciones complementarias que pueden ser de gran utilidad en la valoración del uso injurioso de un acto: por un lado el grado de consideración social de la conducta (eficiencia) y por otro el grado de intencionalidad subjetiva de esa conducta (ineficiencia). Estos dos tipos de medición no determinan el uso injurioso de un acto semiótico. Pues éste viene determinado esencialmente por la performatividad y reforzado por la ostensividad. Pero sí son útiles en la ponderación del grado de estimación social del acto (eficiencia) y del grado de intencionalidad subjetiva del mismo (ineficiencia).

3. El delito de injurias como acto semiótico delictivo

En el concepto jurídico de intencionalidad injuriosa (*animus iniuriandi*) como concepto pragmático y semiótico no sólo debe haber intención en el sujeto emisor sino percepción del daño en el receptor y consenso semiótico en la comunidad de la nocividad simbólica del acto semiótico efectuado[30].

3.1. La naturaleza del acto delictivo de la injuria

Veamos cómo se configura en el nuevo código penal español de 1995 la definición del delito de injurias, en concreto en el artículo 208:

«*Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.*

Solamente serán constitutivas de delitos las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

[30] *El animus iniuriandi* es elemento subjetivo del tipo penal de la injuria.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.»

3. l. l. *¿Qué es una expresión?* Tenemos claro en qué consiste una expresión de la lengua hablada o escrita. Sabemos que se trata de un acto de habla o de una conducta lingüística. El reconocimiento de las expresiones como tales no ofrece mayor problema, otra cuestión es el reconocimiento del delito, es decir, cuándo una expresión es injuriosa o no. Pero tal cuestión la abordaremos más adelante.

3.1.2. *¿Qué es una «acción»?* Es la capacidad de un sujeto de hacer; es decir, de transformar o producir un estado determinado. La introducción del término «acción», diferenciandola explícitamente de la «expresión», nos informa que toda actividad significativa y expresiva no tiene por qué residir exclusivamente en las expresiones verbales o escritas. Es posible expresar significados sin decir o escribir nada y realizar tal expresión por medio de símbolos, gestos, expresiones no verbales, fotografías, dibujos, e incluso tramas a argumentales. Estamos pues ante una categoría que la semiótica denomina *acto semiótico* y que incluyendo los actos de lenguajes, asumen también todo acto significativo aunque no sea lingüístico[31].

3.1.3. *El acto semiótico.* El tipo de actos que se engloban en el artículo 208 del código penal se refieren tanto a «expresiones» (actos de lenguaje) como a «acciones» significativas no lingüísticas (comunicación somática, iconográfica, etc.). El acto antijurídico tipificado en el artículo 208 es pues un acto Semiótico[32].

El problema pues lo debemos situar en la comprensión de lo que es una acción semiótica: un acto que junto con otras finalidades y efectos o en solitario, produce primordialmente un significado[33]. Si el acto es en la tradición «aquello que hace ser», el «acto semiótico» no será sino «aquello que hace ser a un saber», o sea «aquello que hace saber».

---

[31] Ya Marcel Mauss en un clásico trabajo sobre las «técnicas del cuerpo» estudió las funciones de comunicación de la gestualidad y su origen social y aprendido. Cfr. Mauss. *Sociología y Antropología*. Tecnos. Madrid. 1979.

[32] Para profundizar sobre comunicación no verbal o somática véase el texto ya clásico de Knapp, Mark, L. *La comunicación no verbal. El cuerpo y el entorno*. Paidós Comunicación. Barcelona. 1988.

[33] No cabe duda que todo acto humano es susceptible de ser interpretado como un acto significativo, pero en estos casos la significación es una nota añadida y subordinada a la finalidad esencial de ese acto que no es significar. Por ejemplo, puede entenderse que el acto de arrojar un carta en un buzón del servicio correos por parte de Antonio nos informa de la demanda de comunicación que requiere Antonio. Y esto puede ser cierto pero la intención y finalidad central es otra. Mientras que, por ejemplo, en un «corte de mangas» no hay otra finalidad en el acto que transmitir un insulto o agresión simbólica contra otro.

El acto semiótico se compone de un doble nivel de enunciados: un enunciado modal de acción (a) referido al sujeto que actúa (sujeto que puede ser individual o colectivo, figurativo o no figurativo); y un enunciado de estado (b) que remite al estado que la acción produce o transforma.

3.1.4. *La conducta injuriosa como acto semiótico*. En el caso que nos ocupa de la expresión o acción injuriosa podemos afirmar que el enunciado (a) se corresponde con el plano intencional del acto semiótico injurioso y el enunciado (b) con los efectos y percepción del acto injurioso (la percepción tanto individual del sujeto injuriado como en la percepción social de la injuria).

El acto semiótico injurioso es un acto de tránsito entre la competencia y la performatividad de la injuria. El problema reside en la medición y detección de este tránsito que requiere de la presencia actualizada (por medio del acto semiótico) de los dos polos en conexión: la competencia (ámbito de la intencionalidad) y la performance (ámbito de los efectos pragmáticos unidos necesariamente a la resolución semiótica del acto).

Con esto nos hemos adentrado en la modalidad específica de un tipo de acto semiótico como son los actos cinéticos performativos que son a nuestro entender el modelo aplicable al tipo de acto (expresión o acción) semiótico que corresponde al definido en el artículo 208 del Código Penal como injurias. Un acto semiótico performativo es aquel en el cual se cumple preferentemente la función semiótica o semiosis[34]. En el acto semiótico performativo el significado del acto reside en su misma ejecución, o mejor dicho, aquello que el acto significa es aquello que realiza, carece pues de toda capacidad descriptiva o denotativa, es meramente perlocutivo.

La naturaleza performativa de un acto semiótico no está siempre inscrita en su misma estructura lingüística o semiótica sino que en ocasiones se complica su detección pues lo performativo es más propio de un uso que de una naturaleza. Hay actos semióticos performativos que solamente lo son en base algún tipo de uso y no lo son en otros usos distintos. Observemos el caso del beso como acto semiótico. Un beso puede ser un acto semiótico performativo cuando sólo persigue comunicar aquello que ya realiza, un contacto camal gozoso; pero puede ser también un acto semiótico denotativo cuando persigue indicar afectos, concordia, gesto de cortesía, etc.

Así ocurre en el acto semiótico de la conducta injuriosa. El acto puede ser performativo «per se» y puede ser performativo en función del uso semiótico. Esta diferencia entre acto performativo «per se» y acto performativo en base al uso no es en realidad ninguna diferencia semántica o gramatical

[34] Greimas, A. J., Courtés, J. Semiótica. *Diccionario razonado de la Teoría del Lenguaje*. Op. cit. Pág. 364.

radical sino una diferencia de grado pragmático determinada por los niveles de inverosimilitud descriptiva o denotativa del acto semiótico. Cuanto más inverosímil es la posibilidad semántica de atribuir un significado descriptivo o denotativo a un acto semiótico mayor es su naturaleza performativa[35].

3.1.5. *El acto semiótico injurioso como conducta antijurídica*. Un problema tradicional del acto injurioso reside en su oscuridad e inaccesibilidad. Se representa a la intención como si fuera un objeto intencional que habita en el interior de la mente del sujeto. Pero la intencionalidad (el animus) se objetiva en conductas semióticas (compuestas por actos cinéticos) en donde la intencionalidad forma parte de la configuración objetiva (intersujetiva) y pública (social-institucional) del acto injurioso.

En este sentido ha caminado la jurisprudencia más rigurosa y garantista. La clasificación de la acción o expresión injuriosa como acto semiótico performativo ayuda sobremanera a esta objetivación conductual. El acto semiótico performativo es una conducta y no una mera competencia. He aquí un criterio pragmático y semiótico de detección de cuando nos encontramos ante una conducta semiótica injuriosa. No todo acto semiótico performativo es, claro esta, injurioso (el juramento al que hacíamos alusión antes es un buen ejemplo). Pero si, todo acto injuriosos ha de tener naturaleza de acto semiótico performativo. Esta configuración del acto injurioso es coherente con las condiciones de realización de tipo delictivo que se especifican a lo largo de todo el artículo 208 del código penal.

La invocación a la «dignidad», a la «fama» o a la «estima» establece la naturaleza subjetiva de la afectación al bien del honor como condición necesaria para que podamos estar ante un ilícito de injurias. Pero la inclusión en el tercer parágrafo de la consideración «en el concepto público» de gravedad de las injurias insiste en el componente de evaluación social del acto delictivo. En este mismo sentido abunda el cuarto parágrafo cuando se insiste en que la imputación de hechos sólo será considerada como «injurias graves» si existe «conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad». Es decir cuando la naturaleza del acto semiótico descriptivo ha sido, intencionalmente, pervertida (transformada) en beneficio del acto semiótico performativo cuyo único resultado posible es la intención de dañar el honor.

La veracidad de la imputación de unos hechos (exceptio veritatis) exime de cualquier responsabilidad y deja fuera este tipo de actos cinéticos de la

[35] Esto no implica que no existan acto performativo «per se» (analíticamente performativos) como son el juramento o la firma pero tales actos no entran dentro del tipo de actos injuriosos que estamos definiendo.

conducta injuriosa. ¿Pero no es posible que un acto semiótico que describe una información verdadera sea injuriosa? Sí. Y aquí también juega un papel determinante establecer si se trata de un acto semiótico performativo o descriptivo. Como hemos dicho con anterioridad, refiriéndonos por ejemplo a la semiótica del beso, la naturaleza performativa depende del uso y del contexto pragmático en donde se sitúe el acto semiótico. La expresión: «¡negro!», dicha a una persona que es de color negro puede ser, en función del uso, un acto de lenguaje performativo o no. En virtud de esta diferencia de uso se establece que el acto, aun aportando una información verdadera, tenga carácter de injuriosa. Decir (gritar): «¡negro!», en un contexto innecesario (para la información), irrelevante (para la descripción) e ineficaz (para la expresión de emoción) comporta u uso performativo y, por tanto injurioso, de la expresión «¡negro!». El significado de este acto semiótico performativo no reside en el dato objetivo que describe sino en la intención y el efecto injurioso (pragmáticamente constatado) que produce.

4. Las condiciones de la pragmática de los actos cinéticos performativos injuriosos

4. 1. Dos tipos de performatividad

a. *Performatividad dura*: son actos semióticos aquellos a los que no es posible encontrar, por inverosímil, ninguna interpretación denotativa o descriptiva: por ejemplo las expresiones «el alcalde es un señor feudal», «el director de la empresa es un Drácula».

b. *Performatividad débil*: la expresión puede ser verosímil como expresión descriptiva: «el alcalde es un corrupto», «el concejal es un ladrón», «la princesa Diana es lesbiana»; pero el uso pragmático concreto descarta cualquier significación descriptiva, emotiva o denotativa, de lo cual se deduce que único uso posible es performativo.

En el caso (a) la intencionalidad injuriosa es evidente (en el sentido tradicional de intención subjetiva del emisor) aunque hay que demostrar la intencionalidad pragmática. En el segundo caso (b) la tarea es mucho más complicada pues hay que demostrar que pese a la naturaleza descriptiva de la expresión, la intención subjetiva es injuriosa (en este caso la «exceptio veritatis» puede jugar un papel importante) pero la intención subjetiva del emisor, la percepción subjetiva del receptor y la comprensión pragmática del mensaje pueden ser injuriosa. No vale pues la «exceptio veritatis», ni la naturaleza descriptiva de la expresión. Hay que demostrar que el acto semiótico, en el contexto o juego de lenguaje en que es empleado, el uso es el propio de un acto performativo con significado pragmático injurioso.

En el caso (b) lo que cambia es la significación de la expresión en función de su uso pragmático. Dependiendo del significado, del uso y del juego de lenguaje, el acto semiótico tiene o no naturaleza performativa. En estos casos la performatividad implica la naturaleza injuriosa del acto: existen pues actos cinéticos que son performativos en sí (juramento, saludos, etc.), actos que son performativos por la inverosimilitud de su significado literal o frecuente y expresiones que son performativas por el uso modificado de su significación usual. En el caso (b) el problema reside pues en la averiguación sobre el significado preciso de la expresión utilizada.

4.2. *La dificultad y especificidad del* corpus delicti *en el supuesto de injurias*. Tanto en la Ley de Enjuiciamiento criminal como en la doctrina y la jurisprudencia sobre el *corpus delicti* subsiste una polisemia sobre la significación e identificación de aquello que es el cuerpo del delito. En la LEC en el Capítulo II del Art. 334 a 367 trata sobre el cuerpo del delito considerando en unos artículos como tal a los objetos o instrumentos del delito (por ejemplo un arma blanca) y en otros al objeto o cuerpo donde se manifiesta el delito (al objeto o cuerpo dañado). También se produce otro cambio en la LEC, pues aquello que considera cuerpo del delito en la fase de instrucción pasa a denominarlo «piezas de convicción» en el juicio oral.

Esta misma ambigüedad se manifiesta en la doctrina y en la jurisprudencia. En una sentencia del Tribunal Supremo del 6 de Febrero de 1982 (*RJ 1982\633*) se dice literalmente: «que por cuerpo del delito, ha de entenderse según la rúbrica general que antecede al art. 334 de la L. E. Crm: las armas, instrumentos o efectos de cualquier clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que este se cometió, en sus inmediaciones, en poder del reo o de otra parte. Este concepto procesal amplio, que viene a mezclar el cuerpo, y los instrumentos, precisa de una mayor concreción técnica y así la doctrina considera, bien que todas las materialidades relativamente permanentes sobre las cuales o mediante las cuales se cometió el delito, así como también cualquier otra cosa que sea efecto inmediato del delito mismo o que se refiera a él de tal modo que pueda ser utilizado para su prueba. *El verdadero cuerpo del delito doctrinalmente, sería la persona o cosa objeto del delito*. Esta última definición viene a cerrar la ambigüedad en la idefinición del cuerpo del delito y cuerpo objeto del mismo.

Sin embargo las sentencias del T. S. del 2 de Noviembre de 1979 (*RJ 1979\3.835*) y 4 de Febrero de 1981 (*RJ 1981\1043*) reiteran la naturaleza instrumental y material del corpus delicti. En estas sentencias se rechaza que el cuerpo del delito pueda al mismo tiempo ser considerado como documento auténtico: «A tales fines debe destacarse que es doctrina reiteradísima de esta Sala que carecen de la condición de documentos auténticos, a los fines casacionales, los que se presentan como cuerpo del delito y sobre

los que recae la controversia del juicio» (*RJ 1979\3.835*). Y: «no puede constituir documento auténtico lo que constituye el propio cuerpo del delito» (*RJ 1981\1043*)[36].

En ambos casos se trata de delitos que tienen como soporte y sede material de su ejecución una publicación impresa. En el primero se trata de un delito de desacato a través de un escrito en un periódico y en el segundo de un delito de escándalo público por la impresión y difusión en una revista de material pornográfico. En ambos casos también se trata de presentar el documento impreso sede del delito como documento auténtico, siendo claro exponente del cuerpo del delito en el sentido instrumental que alude el art. 334 de la L. E. Crm.

Pero en este último significado (instrumental) no existe ningún problema, ni ninguna virtud heurística, que sea digna de destacar a efectos de la tarea que aquí nos hemos trazado en la detección semiótica del uso injurioso de un acto semiótico performativo. Mas la interpretación dominante en la doctrina y la jurisprudencia del cuerpo del delito como el cuerpo u objeto donde se expresan y concretan los efectos del delito sí se presta a indagaciones interesantes sobre la naturaleza del cuerpo del delito en el ilícito de injurias.

La invocación del término «cuerpo» no tiene en derecho por qué ser unívocamente equivalente a un contenido de materialidad física. El uso de esta palabra en el derecho romano, en el derecho canónico, en el derecho y la teología política medieval o en el derecho administrativo contemporáneo para nada alude unívocamente a la materialidad física sino que más bien podemos situar su significación en la instrucción de una cierta individuación forma (aunque esa individuación sea institucional como en le caso de la teoría de los cuerpos administrativos). El concepto de «cuerpo místico de Cristo» (y la descripción de la iglesia como encarnación de este cuerpo) propia de la teología política y jurídica medieval nos adentra en una consideración de intersticio del concepto de cuerpo como entidad simbólica mediadora y modal.[37]

---

[36] El concepto de «documento auténtico» proviene del Código Civil y en concreto del artículo 113, y de otros, referentes a la pruebas y autentificaciones de la filiación. Lo cual muestra hasta qué grado las técnicas de verificación y construcción de la prueba (la epistemología jurídica toda) están vinculadas en su origen a la estructura del parentesco (las construcciones genealógicas) y a la trasmisión y adquisición de la propiedad. Esto nos hace abundar en la naturaleza social y semiótica (simbólica) de las técnicas y métodos de clasificación e interpretación jurídica.

[37] La importancia de la identificación entre la iglesia y el cuerpo místico de Cristo ha sido reconocida en la Encíclica Mystici Corporis de Pío XII. Para mirar mejor la importancia de este concepto ver Cfr. Kantorowicz. *Los dos cuerpos del rey. Un estudio de teología política medieval*. Alianza Universidad. Madrid. 1985.

El cuerpo del delito es la individuación formal (modal en el sentido de la teoría de los modos de F. Suárez) del bien jurídico dañado en el acto delictivo. Sirve de puente entre la figura abstracta y universal del bien y el tipo abstracto de la acción delictiva. Esa entidad mediadora puede concretarse en un objeto físico como pueden ser el cuerpo humano o en un ecosistema dañado pero no tiene porque referir directa y exclusivamente a la materialidad física sino a la individuación (forma limitada e identificada, forma singular) y a la formalidad modal (forma individualizada en el tiempo).

¿Cuál sería el cuerpo del delito en el delito de injurias? En esto también se produce una peculiaridad de características performativas. En el delito de injurias el bien jurídico protegido y el cuerpo del delito son uno mismo: el honor[38]. ¿El cuerpo del honor...? ¿El alma...? No. La existencia objetiva (de naturaleza social y reconocimiento semiótico) de un daño super-yoico. Es decir, el cuerpo del delito de la injuria es una patología. Al igual que el cuerpo del delito en las lesiones física es una patología física de la libertad del sujeto autónomo.

Esto nos conduce a considerar que el honor no es sino una construcción identitaria a caballo entre el super-yo individual y el super-yo comunitario. Estamos por tanto ante un corpus de naturaleza semiótica (el super-yo) donde se concreta (individualiza) y temporaliza (formal modal) un conjunto de exigencias y de representaciones sociales encarnadas en un sujeto singular. La comisión de un daño a ese super-yo que reúna las dos condiciones de reconocimiento subjetivo del mismo y de reconocimiento social sólo puede ser detectado por medio del análisis semiótico aquí propuesto.

Es un sigo de pluralismo y libertades propio del Estado de Derecho y del sistema democrático la existencia de una distancia institucionalmente insalvable entre el super-yo comunitario y el super-yo individual o grupal. Lo que el Derecho hace por medio del delito de injurias no es sino el reconocimiento de la existencia de un daño al super-yo individual. En una sociedad pluralista ha de reconocerse la existencia de diversos conceptos y ámbitos de dignidad y por tanto distintas posibilidades de patologías del super-yo. La naturaleza del super-yo comunitario y universal que el derecho protege, por que desde él protege a los otros, ha de ser estrictamente procesual.

4.3. *La dificultad de establecer las condiciones de identificación del «criterio público»*. La verificación del polo subjetivo de calificación del acto

[38] Por honor la doctrina constitucional entiende la «dignidad de la persona». En una sentencia del T. S de 14 de Julio de 1993 dice así: «El bien jurídico protegido por el delito de injurias es el honor, que tiene reconocida su garantía a nivel constitucional en el art. 18.1 CE y que es un derivado de uno de los fundamentos del orden político y la paz social recogidos en el art. 10. 1 de la «norma normarum» y que constituye el eje de la propia existencia de un Estado democrático; *la dignidad de la persona* (*RJ 1993\6076*).

semiótico como injurioso no plantea problemas metodológicos o procesales alguno. Injuria es todo acto semiótico que consideran injurioso el receptor de la injuria y el medio social[39]. Ahora bien la consideración pragmática (social) del acto como injurioso «el criterio público» que dice el parágrafo cuarto del artículo 208 del C. P.) sí es mucho más problemático. Máxime si tenemos en cuenta que el «criterio público» se establece en el contexto de una sociedad pluralista y multicultural. No existe una moral única o unitaria que establezca que es lo que afecta o no al honor personal. El concepto de honor se ve conformado por las diferencias ideológicas, religiosas, culturales, políticas, sociales o étnicas. Decir, por ejemplo, del líder del Frente Homosexual de Madrid que es homosexual no parece que, en principio, sea un atentado contra su honor pero afirmar lo mismo del arzobispo primado de Toledo parece que sí que pudiera tener una estimación distinta.

Un caso reciente es la sentencia del la Audiencia Provincial de Madrid condenando por intromisión ilegítima en el honor al ex-ministro del interior J L. Corcuera por haber afirmado en una rueda de prensa que un periodista «perdía aceite». La expresión «perder aceite» comporta una adscripción infamante de la condición de homosexual. La naturaleza metafórica de la misma expresión, y su uso social habitual, comporta un uso performativo de la misma y por tanto un daño objetivo (una intención subjetiva) al honor de la persona aludida. Pero en el texto de la sentencia civil se refiere al significado objetivo de la expresión «perder aceite» diciendo: «hay que reconocer y admitir que en la realidad española actual se considera difamatorio y vejatorio llamar homosexual a una persona». Se puede deducir de esta afirmación que de no ser generalizada, universal, en la sociedad española actual la consideración difamante del homosexual tal expresión no sería ilícita. Pero lo cierto es que tales contingencias en la apreciación del ilícito comportan problemas de tipo epistemológico pues resulta muy difícil establecer cuando una condición o expresión es considerada socialmente como difamante si se parte de una exigencia universalizadora y no del reconocimiento de una pluralidad social, abundante y diversa, de estimaciones de la dignidad. Este problema aporta una debilidad epistemológica a la prueba que puede quizás, a nuestro entender de manera extremadamente imperfecta, ser soportada por la flexibilidad de las garantías del proceso civil pero que repugnaría por completo al rigor de las garantías procesales penales.

Hay daño al honor cuando además de existir intencionalidad de dañar hay daño en la estimación subjetiva del sujeto pasivo y en la estimación objetiva

[39] De hecho el delito de injuria está considerado como un delito semi-público. Consulta 2/1978 de la Fiscalía General del Estado y Circular 2/1979, de 29 de Enero de comentario de la Ley 62/1978, de 26 de Diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

de algún tipo de concepto comunitario de honor con el cual se le puedan reconocer vínculos objetivos al sujeto injuriado. Esto viene a demostrar que los criterios contingentes y sociologistas (como el de la sentencia civil contra Corcuera) son tan incapaces de establecer la identificación de la acción contra el honor como el sicologismo intencionalista.

En este contexto altamente problemático el establecimiento pragmático de la naturaleza del acto semiótico performativo más la constatación del daño subjetivo al receptor del acto semiótico (dato este que ya hemos comprobado como evidente y nada conflictiva su verificación) nos otorgan la descripción de una conducta objetivamente injuriosa, sin que por ello se tenga que recurrir al establecimiento de un código único y unitario de bienes identificados como honorables. ¿Qué sentido puede tener un acto semiótico performativo que daña subjetivamente la estima de alguien sino el de la injuria? La demostración de que el acto semiótico no es performativo sería la prueba objetiva para despenalizar esa conducta frente a la pretensión de lesión del demandante.

Esta amplitud formal de criterio que brinda la naturaleza necesariamente performativa del acto semiótico de la injuria, posibilita un sano e imprescindible relativismo moral y cultural al medir la evaluación que «el concepto público» hace de la gravedad de la injuria. En el ejemplo que poníamos con anterioridad los contextos culturales y morales del militante gay y del obispo católico podían convertir, en función del uso pragmático performativo o no, la expresión «ser homosexual» de una expresión descriptiva a una expresión performativa. Este criterio semiótico nos permite respetar la pluralidad y las diferencias morales y culturales sin por ello caer en un «guetto jurídico» que haría imposible de facto la protección universal del derecho al honor.

Es evidente que este criterio semiótico de performatividad no excusa ni elimina la necesidad de construir un consenso social mínimo sobre «que es y que no es» injurioso. Pero tal consenso se ve ayudado por el criterio de performatividad pues una vez que existe reconocimiento del daño subjetivo a través de la demanda del sujeto afectado, el ejercicio de análisis e interpretación necesario para detectar si el acto semiótico es performativo nos indica, en el contexto pragmático donde el acto ha sido efectuado, si existe intencionalidad injuriosa o no por exclusión de cualquier otro tipo de intencionalidad o significado que se manifestaría en el uso (o naturaleza) descriptivas, emotiva o denotativa del acto semiótico enjuiciado[40].

---

[40] El establecimiento de la semiosfera del acto semiótico en cuestión puede ser de gran auxilio para comprender la virtualidad de los bienes afectados como valores sociales relevantes en un contexto determinado y por tanto también el daño que estos pueden sufrir como producto de actos cinéticos performativos. El concepto de semiosfera surge a cargo de Juri M. Lotman que lo construye por analogía con el de biosfera de V. I. Vernadski. Cfr. Lotman. M. Juri. *Acerca de la semiosfera*. Ediciones Episteme. Valencia. 1995.

5. Conclusiones

1. El significado reside en el uso.
2. El uso remite al contexto pragmático o al juego de lenguaje donde esta inserto (usado) el enunciado.
3. Los contextos pragmáticos y/o los juegos de lenguaje son cuerpo y representación del imaginario social colectivo.
4. La intencionalidad de un enunciado reside en su significado (uso) en un contexto pragmático y/o juego de lenguaje local.
5. El sujeto del acto de habla reside en la estructura semiótica del mismo acto.
6. Enunciar (hablar o escribir) es hacer. Toda enunciación es un acto de habla o de lenguaje.
7. Todo acto de habla o de lenguaje es un acto significativo. Pero no todo acto significativo es un acto de habla o de lenguaje. Existen actos significativos que no son ni verbales ni lingüísticos, son actos somáticos, iconográficos, gestos, etc.
8. A la totalidad de actos significativos (sean o no verbales o lingüísticos) les denominamos actos cinéticos.
9. Los actos cinéticos constituyen conductas semióticas públicas y objetivas (intersujetivas).
10. La injuria es siempre un acto de naturaleza semiótica.
11. Injuria es todo acto semiótico que es considerado injurioso por el receptor de la injuria y por el medio social.
12. El acto semiótico injurioso no es nunca un acto semiótico descriptivo, emotivo o denotativo, tiene siempre naturaleza (uso) de acto semiótico performativo.
13. Todo acto semiótico performativo que sea considerado injurioso por un receptor cuyo derecho al honor este jurídicamente protegido es un acto injurioso. Por medio del criterio de performatividad se manifiesta la intención injuriosa del sujeto del acto y la consideración social del mismo.
14. El cuerpo del delito del acto del acto antijurídico de la injuria es el super-yo. O mejor dicho una forma peculiar de patología social (semiopatología) del super-yo que solo puede ser reconocido por medio del análisis semiótico.
15. El acto semiótico performativo se ve reforzado y acrecienta su efectividad y su eficiencia si se trata de un acto ostensivo.

16. La ostensividad garantiza la eficiencia de la relevancia del mensaje injurioso.
17. La forma semiótica del acto injurioso es la performatividad.

Post scriptum

Existe un problema que deliberadamente hemos excluido del tratamiento dado al delito de injurias en este trabajo: la idoneidad ética, política y jurídica de la despenalización de los actos injuriosos. El concepto de honor que aquí estamos manejando no ha de ser confundido con la «imagen o prestigio mercantil» de una persona jurídica, con el mismo derecho a su imagen que las personas físicas (la imagen puede ser un bien mercantil alienable), o con el derecho a la intimidad.

La naturaleza estrictamente simbólica e intelectual de la conducta injuriosa, tal como hemos venido definiendo a lo largo de este trabajo, singulariza este tipo de actividades delictivas hasta el nivel de plantearse la efectividad y legitimidad que tiene un tipo de sanción, como la prisión o las penas económicas, para este tipo de delitos.

En fin, a la pregunta sobre la despenalización tenemos que responder con un «sí» y con un «no». Con un «sí» en cuanto sigamos identificando al derecho penal como un sistema de penas restringido a la prisión más que con un sistema de protección y calificación de bienes. Y con un «no» en cuanto la despenalización implique la entrada en el procedimiento civil con la inevitable mercantilización: el negocio del honor. Basta con mirar las consecuencias que ha provocado la existencia de una ley civil de protección del honor (Ley Orgánica 1/1982, de 5 de Mayo). Esto supone una protección indigna de la dignidad y la entronización del valor económico como el valor de los valores. Un «comercio del honor» es una contradictio in terminis[41].

El mantenimiento del honor bajo protección penal sería por el contrario defendible en la medida en que desvinculáramos ese maridaje obsesivo entre derecho penal y prisión. El derecho penal entendido como derecho de lo sagrado, como derecho que identifica y protege aquellos bienes que son considerado socialmente como sagrados. ¿Qué queremos decir con la expresión «sagrado»? Pues bienes válidos en sí mismos y por tanto no alienables en el negocio. Es el rerum sacrum del derecho romano.

¿En qué debe consistir esa protección penal (sacralizadora) del honor? En primer lugar en la protección de la libertad de expresión, opinión e información

[41] Sería una criterio saludable entender que sólo las cosas banales, tanto desde el punto de vista cultural y simbólico como desde el punto de vista de la condiciones de reproducción social y ecológica, son susceptibles de ser tratadas y valoradas económicamente. Con una lógica inversa a la lógica de la forma mercado-capital podemos afirmar que *debe tener precio aquello que no tiene valor*.

(lo cual implica unas condiciones igualitarias de acceso a estas libertades). Y en segundo lugar en el simple reconocimiento jurídico del acto semiótico como mero acto de injuria, excluyendo cualquier otra funcionalidad descriptiva, expresiva o denotativa.

Por lo tanto, ni indemnización civil, ni punición tradicional del derecho penal. La sanción contra el delito de injuria debiera perseguir la restauración del bien dañado: el honor[42]. Tal restauración contiene eminentemente una dimensión social y pública que la sentencia en cuanto reconoce la naturaleza estrictamente injuriosa del acto, realiza. El daño super-yoico que la injuria efectúa solo es parcialmente, como todo en derecho, remediable sí devuelve la imagen del sujeto dañado (la herida narcisista) a unas condiciones semióticas favorables para su estima social y autoestima personal (cuestión esta en la que para nada intervienen ni la sanción económica, ni la prisión) por medio de un acto reglado y solemne cual es la sentencia.

La sentencia condenatoria por acto de injurias sanciona exclusivamente por medio del reconocimiento. Descarta todo aquella interpretación que pudiera ser considerada como dañina para el prestigio y la imagen de la dignidad del sujeto y confiere nulidad semiótica al acto injurioso. La sentencia que reconoce la existencia de un acto injurioso supone la «muerte semiótica» de ese acto y la desvinculación radical entre el sujeto agresor y el sujeto agredido. Tal tipo de sanción no comporta la exclusión de otras medidas de seguridad que refuercen el efecto semiótico de la sanción.

Como fácilmente se puede comprobar este tipo de sentencia conlleva una sanción de naturaleza (uso) performativo. Pues la sanción consiste en la simple enunciación de la sentencia condenatoria. La adecuación entre el uso defictivo y la sanción restauradora esta asegurado.

---

[42] Art. 1.902 del C. C.

DOXA 21-I (1998)

REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y OBJECIÓN DE CONCIENCIA SOBREVENIDA*

1. Introducción

El análisis de cómo están configurados los derechos fundamentales en la Constitución es, a primera vista, competencia de los especialistas en Derecho constitucional más que de los filósofos del Derecho. Sin embargo no es difícil darse cuenta de que en la interpretación de los derechos fundamentales surgen problemas filosóficos (empezando por el mismo sentido de la interpretación), y que, por tanto, la filosofía del Derecho es relevante también para determinar qué, cómo e incluso cuáles son los derechos fundamentales, y no sólo por qué lo son. Con este pequeño trabajo intentaré ratificar la afirmación anterior, pues sin ser de ningún modo un especialista en la Constitución pretendo aportar algunas ideas sobre la correcta interpretación constitucional de los derechos fundamentales, inspirado por unas cuantas nociones iusfilosóficas. Para ilustrar mi planteamiento sobre los derechos constitucionales he escogido como caso de estudio la objeción de conciencia sobrevenida, que aquí será tratada como un objeto de interés de la Teoría del Derecho más que como un problema moral.

La *objeción [de conciencia] sobrevenida* es la objeción de conciencia al servicio militar que se manifiesta cuando el objetor ya ha ingresado en filas. Es, por tanto, la actitud o la conducta de quien por motivos de conciencia se niega a continuar participando en un ejército al que pertenece por obligación. Como es sabido, la Ley 22/1988, de 6 de julio, reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria, no reconoce a este tipo de objeción como eximente del servicio militar. Su artículo 1.3 dispone que la solicitud de objeción puede ejercerse «hasta la fecha señalada por el Ministerio de Defensa para su incorporación al servicio militar, o una vez finalizado el mismo, mientras se permanezca en la situación de reserva».

---

* Este trabajo es una versión retocada de la comunicación «La regulación constitucional de la objeción de conciencia sobrevenida», presentada en las XVII Jornadas de Filosofía Jurídica y Social (Toledo, 19 y 20 de marzo de 1997).

De hecho, hoy por hoy en España la única forma de objeción de conciencia al servicio militar que no está jurídicamente admitida es la sobrevenida. Esta situación ha sido convalidada por el Tribunal Constitucional en una polémica Sentencia: STC 161/1987, de 27 de octubre, que se ocupó de un precepto similar en la Ley 48/1984, de 26 de diciembre, que regulaba la objeción de conciencia y la prestación social sustitutoria antes de ser derogada por la Ley 22/1988 citada.[1]

La STC 161/1987 resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad relativas a la Ley 48/1984 promovidas por la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Según la Sentencia la exclusión legal cuestionada respeta el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia y «resulta justificable en atención a la organización interna del servicio militar obligatorio y a la prestación de un deber constitucional cuya dimensión colectiva podría resultar perturbada por el ejercicio individual del derecho durante el período de incorporación a filas...» (fundamento jurídico 5). El TC argumentó que «el legislador ha de armonizar en la forma que estime más conveniente el derecho individual del objetor con la salvaguardia del objeto o fines constitucionalmente reconocidos (la defensa de España y las Fuerzas Armadas a su servicio) [...]», sin incurrir en arbitrariedad y respetando el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia (FJ 4º). A juicio del Tribunal la exclusión legal respeta el contenido esencial del derecho, pues se trata de una restricción proporcionada en relación con los demás intereses constitucionalmente protegibles, los cuales el legislador está forzado a ponderar con el fin de regular el derecho «con las debidas garantías» (FJ 5º). En efecto, según el Tribunal «es necesario ponderar si el ejercicio del derecho a la objeción del artículo 30.2 durante la fase de permanencia en filas resulta perturbador para la seguridad de la estructura interna de las Fuerzas Armadas, que deben estar en todo momento en condiciones de cumplir sus cometidos militares»; y no es excesivo o carente de justificación que el legislador haya entendido que así ocurre (ibídem).

Pues bien, en lo que sigue voy a defender un enfoque doctrinal de los derechos fundamentales que no sólo prefiere, sino que implica, el tratamiento de la objeción sobrevenida según el cual su prohibición es inconstitucional en España. Sirva de modelo de este tratamiento el voto particular formulado por el Magistrado don Miguel Rodríguez-Piñero a la citada STC 161/1987. En dicho voto se lee:

---

[1] El art. 1.3 de la Ley 48/1984 disponía que la solicitud de objeción podía ejercerse «hasta el momento en que se produzca la incorporación militar en filas y, una vez finalizada ésta, mientras se permanezca en situación de reserva».

> «A mi juicio lo que ha de analizarse no es la razonabilidad de la medida, sino exclusivamente su compatibilidad con el contenido esencial del derecho a la objeción de conciencia. Derecho que garantiza al ciudadano eximirse del servicio militar cuando ello está en contradicción con los dictados íntimos de su conciencia. El hecho de que la objeción de conciencia sea «sobrevenida», es decir surja con tal objeción en el momento de la prestación del servicio en filas, no es un obstáculo para el surgimiento de tal derecho. La constitución habla genéricamente de "exención del servicio militar obligatorio", sin que puedan establecerse distinciones al respecto...».

2. Contenido esencial del Derecho y reglas constitucionales

La noción de «contenido esencial» de los derechos fundamentales es lo suficientemente polémica como para no poder abordarla aquí en profundidad, pero es indudable que debemos tenerla en cuenta porque es la clave de nuestro problema. En efecto, el juicio sobre la licitud constitucional de prohibir la objeción sobrevenida depende de cómo se interprete la mención a la objeción de conciencia que figura en el artículo 30.2 CE y de cuál sea el contenido esencial del derecho allí regulado. Porque en virtud del artículo 53.1 CE, la ley que regule el ejercicio de dicho derecho deberá respetar su contenido esencial. Ciertamente ésta es una idea un tanto redundante, porque es obvio que una configuración infraconstitucional de los derechos fundamentales no puede ser contraria a lo que sobre ellos dispone la Constitución.[2] Lo que hace la garantía expresa del contenido esencial, al fin y al cabo, es reforzar esa obviedad dogmática recordando que los derechos garantizados en la Constitución tienen en ella un contenido determinado. Es decir, el constituyente manifiesta que las menciones de derechos y libertades que incluye en la Constitución no son meras referencias lingüísticas que han de llenarse como buenamente se pueda, sino que expresan ideas concretas que, al menos en cierto nivel «esencial» o elemental, es obligatorio identificar y respetar. Con otras palabras, el constituyente adopta unas preferencias valorativas al conferir derechos y exige que su opción distributiva esté *garantizada* en cualquier legislación futura.

---

[2] En este sentido Ignacio de Otto sostuvo que el contenido esencial no añade ningún límite a la configuración de los derechos. Vid. I. de OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y las libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», en L. MARTÍN-RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid: Civitas, 1988, pp. 93-172. Tomo este análisis como un punto de referencia básico de mi exposición. Complementariamente pueden verse, entre otros muchos: M. MEDINA GUERRERO, *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid, MacGraw Hill, 1996; y A-L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997; así como la bibliografía citada en ambos.

Según lo dicho, lo que importa para resolver el problema constitucional de la objeción sobrevenida es saber cuál es la idea concreta que al respecto contiene la Constitución. Una vez identificada esa idea en sus términos esenciales, bastará con contrastarla con el pasaje legal discutido, sin más; en particular, sin introducir en la solución del problema consideraciones de razonabilidad política o social. Este viene a ser el planteamiento que subyace al voto particular destacado, el cual describe la concepción constitucional de la objeción de conciencia como el reconocimiento de un derecho a la exención del servicio militar obligatorio sin exclusiones temporales, ni siquiera en virtud de la situación militar del objetor.

Así las cosas, puede resultar fructífero ordenar estas ideas en correspondencia con la distinción, en boga de unos años a esta parte, entre principios y reglas. No creo preciso reproducir aquí los términos en los que se plantea esta distinción, ni el debate que ha suscitado.[3] Me conformaré con aprovechar algunas de las conclusiones que en mi opinión se derivan de ese debate. Una de ellas es que entre las normas jurídicas válidas es posible distinguir unas (*principios*) que no identifican con nitidez sus condiciones de aplicación, de modo que no pueden resolver unívocamente los conflictos a los que son aplicables; y otras (*reglas*) que expresan con claridad las situaciones en que son aplicables y sus excepciones, de modo que su intervención en un conflicto es concluyente. Asociada a esa diferencia básica hay también otras, entre ellas una relativa a la precisión de la conducta ordenada: ésta es normalmente más específica en las reglas, mientras que los principios son sobre todo -como hace ver Robert Alexy- *mandatos de optimización* (normas que ordenan la realización de una conducta en la mayor medida posible dadas las posibilidades jurídicas y fácticas). No debería ser necesario advertir que esta diferenciación es meramente doctrinal y no responde con perfección a las complejidades de la vida jurídica. Pero es una diferenciación útil para el análisis, y en particular -sostendré- para el análisis de los derechos fundamentales. Uno de los problemas de la distinción principios/reglas es, para empezar, que no hay (apenas) reglas en el sentido de normas concluyentes. Sobre este punto me extenderé más adelante.[4] Pero

[3] Vid. entre otros muchos: R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, London, Duckworth, 1978; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. M. Atienza, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989; L. PRIETO, *Sobre principios y normas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992; M. ATIENZA y J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1996. Mi modo de entender este debate lo expongo en J. R.-TOUBES MUÑIZ, «Legal Principles and Legal Theory», *Ratio Juris* 10/3 (1997), pp. 267-287.

[4] La (virtual) inexistencia de reglas jurídicas puras es, por otra parte, lo que a mi juicio permite simplificar la distinción entre principios y reglas y prescindir aquí de la categoría de *principios estrictos* que, en contraste con la de *directrices*, han introducido en los principios Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero (*Las piezas del Derecho* cit., pp. 5 ss.). En mi opinión,

esta realidad no impide que podamos usar la mencionada categoría doctrinal de *regla* como un modelo al cual reconducir para su estudio normas de estructura semejante, e incluso al cual adaptar reconstrucciones de normas con vistas a su utilización futura.

Para decirlo ya, en mi opinión es seguramente posible y probablemente útil reconstruir las normas constitucionales que garantizan derechos fundamentales como si fueran reglas, es decir, como si fueran normas concluyentes o -por lo que luego veremos- a todas luces concluyentes. Ésta es una opinión arriesgada, porque es más habitual en la doctrina, y aparentemente más conforme con la práctica jurídica, tratar las normas constitucionales como principios, es decir como criterios de conducta más o menos difusos consistentes sobre todo en mandatos de optimización. En nuestro ejemplo, la aproximación al tratamiento constitucional de la objeción de conciencia que cabe esperar de la doctrina, simplificando el proceso, es la siguiente. En primer lugar se trata de armonizar el mandato de proteger la objeción de conciencia (art. 30.2 CE) con el mandato de defender a España (art. 30 CE), y acaso también con otros mandatos conexos como proteger la libertad de conciencia (art. 16 CE) o hacer posible que las Fuerzas Armadas cumplan su función (art. 8 CE). Se trata de una operación preliminar de contraste e integración de principios, la cual se podría denominar *ponderación* si no fuera porque este término está asociado al proceso que quiero impugnar. No tengo objeciones que plantear a esta operación, que es imprescindible, pero debe tenerse en cuenta que las normas citadas también implican reglas, de modo que los principios que se armonizan en esta fase no son todo el contenido de dichas normas, sino sólo un aspecto. En segundo lugar -continúa la doctrina común- se procede a ponderar los derechos subjetivos y los demás bienes protegidos que se suponen inscritos en tales principios. Simplificando de nuevo para nuestro caso, el derecho a la objeción de conciencia y el funcionamiento eficaz de las Fuerzas Armadas. De manera que se considera que aquel derecho está limitado por este bien, al

---

tales principios estrictos no son sino reglas imperfectas, reglas cuya validez depende de que salgan airosas del conflicto con otras reglas con similar autoridad. Y como el común de las reglas jurídicas reales son imperfectas en este mismo sentido, para utilizar la noción de regla pienso que debemos aplicarla flexiblemente a todas las normas que se asemejan a la noción abstracta de regla en su carácter concluyente. Así sucede con los llamados principios estrictos, que operan como razones últimas (aunque no excluyentes, dado su inevitable carácter *prima facie*): cfr. *op. cit.* p. 14. Desde otro punto de vista, entiendo que los *principios estrictos* vienen a ser el núcleo normativo inexcusable (una suerte de contenido esencial) de las *directrices*. Por eso no me parece inapropiado conservar la distinción entre principios como mandatos de optimización, por un lado, y reglas como mandatos más específicos, por otro, los cuales expresan tanto el contenido de normas *ad hoc* (normas regladas) como el nivel mínimo de satisfacción requerido en los principios.

tiempo que la protección de dicho bien ha de compatibilizarse con el mayor respeto posible a aquel derecho. Es decir, el tratamiento constitucional de la objeción de conciencia se enfoca como una función de la reseñada ponderación adecuada de bienes constitucionales.

Frente a la aproximación habitual, me parece que es posible y útil un enfoque alternativo. Se trata de identificar la regla o reglas constitucionales relativas a la objeción de conciencia; es decir, la norma concluyente que la regula. Una vez contemos con esa regla basta con aplicarla a los casos donde es relevante y éstos podrán ser resueltos de modo autoritativo, sin necesidad de reproducir una y otra vez los debates sobre la extensión y los límites del derecho fundamental polémico. La principal regla buscada vendría a ser aquella (garantista) que prohíbe las conductas contrarias al contenido esencial del derecho constitucional a la objeción de conciencia, de modo que para formular la regla sería de gran ayuda saber a ciencia cierta de la existencia de dicho derecho constitucional y conocer su contenido esencial. Pero no nos es dado resolver así el problema, porque las dificultades para identificar el contenido esencial de un derecho son exactamente las mismas que las presentes para identificar la regla constitucional que garantiza ese derecho, no en vano ambas entidades son dos caras de la misma moneda. Por tanto debemos afrontar al mismo tiempo ambas pesquisas, aunque aquí enfoque la indagación hacia la formulación de reglas.

Para formular la regla constitucional sobre objeción de conciencia hay que emprender una interpretación sistemática del conjunto de la Constitución. Lo cual exige, indudablemente, poner en contacto los principios que en ella se recogen, como admití sin reparos hace un momento. Pero no procede, en cambio, bosquejar a continuación un derecho a la objeción sólo para someterlo, en cada coyuntura, a un nuevo escrutinio bajo el nombre de ponderación. En su lugar procede más bien, creo, definir el derecho de la forma más estable posible; o lo que es lo mismo, construir una regla que exprese la garantía del derecho a la objeción de conciencia contenida en la Constitución. Para hacer esto necesitaremos tener en cuenta todos los datos sustantivos relevantes: ante todo el texto de la Constitución, pero seguramente también otros materiales como el trasfondo constituyente (ideológico e histórico), el constitucionalismo comparado y, sobre todo, la jurisprudencia constitucional. No quiero decir con esto que el Tribunal Constitucional determina la forma de las reglas que es viable deducir de la Constitución -por lo pronto no puedo decirlo si quiero conservar la tesis normativa de este artículo, a favor de reconocer ya en la CE el derecho a la objeción sobrevenida-, pero sí que la formulación de tales reglas no puede desconocer el tratamiento jurisprudencial de los asuntos que aborde. Por decirlo de modo familiar, sólo es posible apartarse de la doctrina del TC justificando

esta desviación. Eso es al menos lo que trato de hacer aquí al apoyarme en los votos particulares partidarios de declarar inconstitucional la exclusión legal de la objeción sobrevenida.

Tomemos entonces la Constitución en su conjunto y tratemos de desentrañar cuál es el contenido reglado de la protección de la objeción de conciencia que tiene aplicación al problema de la sobrevenida. El texto más relevante dice así: «La ley (...) regulará, con las debidas garantías, la objeción de conciencia, así como las demás causas de exención del servicio militar obligatorio,...» (art. 30.2 CE). De este párrafo se desprende la presencia de una primera regla del tenor (digamos): «Es obligatorio para el legislador regular la objeción de conciencia como una causa de exención al servicio militar». Del significado garantista de la Constitución se desprende, a su vez, que esa regla tiene el sentido de *proteger* a quienes por razones de conciencia pretenden eximirse del servicio militar, y no sólo -como cabría malinterpretar con una lectura excesivamente literal- de asegurar que la objeción está regulada, sea en la dirección que sea. Por tanto, la regla de partida es más bien: «Es obligatorio para el legislador proteger la objeción de conciencia...». Es decir, no sería acorde con la Constitución una legislación que regulase la objeción prohibiéndola. En este sentido cabe hablar, como de hecho se hace normalmente, de un *derecho* constitucional a la objeción de conciencia. Este derecho es el correlato de la regla que ordena proteger la objeción. Por eso podemos formular la regla anterior todavía de otro modo: «Es obligatorio para el legislador respetar el derecho a la objeción de conciencia». Decimos «respetar» en este contexto porque se trata de un derecho constitucional previo a la tarea legislativa de regularlo, no porque sea un derecho natural previo a cualquier positivación.

Ahora bien, no podemos llamar a las formulaciones anteriores *reglas* si no precisamos qué es la objeción de conciencia al servicio militar. Porque la regla sugerida, si es efectivamente una regla, obliga de forma (a todas luces) concluyente a que el legislador realice una conducta mas bien específica. Y aquellos mandatos sólo pueden ser específicos si no hay duda acerca de qué ha de entenderse por objeción de conciencia al servicio militar. Esta identificación indubitable de la conducta ordenada puede haberse llevado a cabo explícitamente, como corresponde al concepto abstracto de *regla*, pero tiene claramente un componente implícito incorporado. Es decir, para formular una regla de derecho fundamental hay que atender a lo que sobre éste se dice en la Constitución tanto explícita como implícitamente. Pues bien, así las cosas, la fijación del significado constitucional de la conducta ordenada pudiera representar un problema para la formulación de reglas constitucionales respecto de otros derechos, pero no me parece que plantee mayores dificultades en este caso. En efecto, no está en discusión lo que significa

objeción de conciencia al servicio militar. Por ejemplo, sabemos que no se refiere a la que pueden plantear quienes no han sido llamados a filas (v.gr. mujeres), y por tanto entendemos que la Constitución no obliga al legislador a regular esa objeción. Entonces, dado este entendimiento indiscutido, la formulación anterior de la regla que enunciaba la obligación por parte del legislador de respetar el derecho a objetar no incluye la obligación de respetar ese derecho también en quienes no han sido llamados a filas. Y podemos continuar desarrollando excepciones implícitas: no protege a los objetores de conveniencia (esto es, a los que no son *de conciencia*), no protege a los objetores que están liberados del servicio militar, etc. Es cierto que una auténtica regla (esto es, aquella que se ajusta al concepto abstracto de regla) tiene sus excepciones explícitamente reconocibles, pero en este caso lo que llamo excepciones implícitas no son sino restricciones perfectamente previsibles originadas en la única interpretación aceptable de los términos empleados en la regla. Por regresar al ejemplo anterior, no es imaginable que se discuta en serio el carácter concluyente de las reglas anteriores con el argumento de que es dudoso si el legislador debe o no regular (protegiendo) el derecho a objetar de las mujeres no llamadas a filas.

Llegamos así a la clave de nuestro problema: ¿es, o puede ser, la objeción sobrevenida una de esas excepciones implícitas? Antes de ensayar una respuesta, repasemos por qué ésa es efectivamente la clave del problema. El sentido de aplicar una teoría de las reglas al análisis de los derechos fundamentales es reforzar estos derechos frente a consideraciones de signo opuesto carentes de igual jerarquía constitucional. Una vez identificada la regla constitucional que garantiza cierto derecho subjetivo, éste ha de ser respetado, en armonía con los demás derechos, incluso aunque haya razones de peso para postergarlo. La causa es que tales razones no pueden tener mayor peso que las razones (constitucionales) para respetar el derecho, ya que de otro modo habrían sido tenidas en cuenta como excepciones en la formulación de la regla. Porque la formulación de una regla, como se dijo, exige tener presentes todas las excepciones constitucionalmente legítimas al mandato que expresa. Tales excepciones pueden o bien consignarse expresamente (digamos: «Está prohibido impedir la petición colectiva; excepto a militares») o bien pertenecer de suyo, e implícitamente, al significado de la regla. En este último caso sería posible en teoría, con un gran esfuerzo, hacer expresas las excepciones (digamos: «Está prohibido impedir el matrimonio al hombre y la mujer» se convertiría en «Está prohibido...; excepto cuando se contraríen las formas legales, se pretenda en edad legalmente improcedente...»). Los aspectos conflictivos se incorporan con más dificultad a la regla, con ayuda de la interpretación doctrinal y jurisprudencial. En nuestro caso, para identificar el contenido de la regla constitucional que

protege (el derecho a) la objeción de conciencia es necesario determinar si aquella regla contempla como excepción implícita -pues está claro que no lo es explícita- una de estas dos: *a*) que la exención del servicio militar se pretenda estando el objetor en filas (excepción constitucional inmediata); o *b*) que el legislador regule la objeción de forma que no pueda ejercerse en filas (excepción legal con legitimación o fundamento constitucional). Si determinamos que no es así, que la regla constitucional no contiene ninguna de esas excepciones, entonces impedir la objeción sobrevenida será contrario a dicha regla -es decir, inconstitucional- aunque esté justificado por razones administrativas o militares. Por eso la clave de nuestro problema es resolver si pretenderse objetor en filas es una excepción implícita en la garantía constitucional (*reglada*) de la objeción de conciencia.

En mi opinión debe afirmarse que la regulación constitucional que garantiza la exención al servicio militar por objeción de conciencia no exceptúa de ninguna manera su pretensión en filas. No hay justificación constitucional suficiente, ni sustantiva ni jerárquicamente, para introducir en la mención garantista de la objeción de conciencia que hace el artículo 30.2 CE una limitación temporal como la discutida. Es posible que haya razones (de operatividad, de conveniencia política, de economía) para prohibir la objeción sobrevenida; pero no son razones que en la Constitución tengan entidad bastante para invalidar la protección del derecho a eximirse del servicio militar por objeción de conciencia que con claridad, y sin salvedades, contiene el art. 30.2 CE. La autorización al legislador para regular «con las debidas garantías» ese derecho no puede entenderse, so pena de vaciar de contenido la norma constitucional, como la introducción de una excepción implícita según la cual la obligación de proteger el derecho desaparece cuando el legislador así lo estima oportuno. Por el contrario, la obligación de proteger el citado derecho es una imposición constitucional que el legislador no puede desatender en ningún momento, sino que se ha de limitar a regularla. Si hemos de extraer de la Constitución una regla respecto a la objeción sobrevenida, ésa es que el legislador está obligado a respetarla en cuanto causa de exención del servicio militar obligatorio.

Hay una predecible objeción a la tesis expuesta. He sostenido que hay supuestos en los que es dudoso si cierta restricción al derecho ocupa en la formulación de la regla constitucional el lugar de una excepción (implícita), y que en tales casos conflictivos conviene iluminar la interpretación sistemática del conjunto de la Constitución con materiales como, destacadamente, la jurisprudencia constitucional. He aquí que tenemos entre manos un caso conflictivo (la objeción sobrevenida) y una solución jurisprudencial. Por tanto sería de esperar que construyésemos la regla constitucional sobre la objeción sobrevenida teniendo en cuenta la argumentación del

TC (y no, por cierto, la de los votos particulares disidentes). En particular, parecería que una comprensión adecuada de la Constitución, a la luz de la doctrina actual del TC, debe llevar a formular una regla del siguiente tenor: «Es obligatorio para el legislador proteger el derecho a la objeción de conciencia al servicio militar; excepto... cuando el legislador, tras ponderar todos los bienes jurídicos protegibles, introduce una restricción no excesiva». O bien, más en concreto, «... excepto... cuando el objetor está en filas y el legislador, tras ponderar todos los bienes jurídicos protegibles, entiende que debe impedirse la objeción en filas». No dispongo de una réplica contundente a esta objeción. La única respuesta que puedo ofrecer es que la interpretación procedente del TC es en este caso errónea, y que con ella deben ser rechazadas las formulaciones de reglas que se apoyan en dicha interpretación. Lo cierto es que no me parece descabellado sostener que se trata de una interpretación claramente errónea, a juzgar por la reacción doctrinal que ha provocado. A mi juicio, como se desprende de lo dicho, no puede ser correcta una lectura del art. 30.2 CE según la cual el legislador puede privar a un objetor de conciencia de la posibilidad de eximirse del servicio militar siempre que así lo crea oportuno tras ponderar todos los bienes jurídicos protegibles, y siempre que la restricción no sea excesiva en opinión del TC. Porque esta lectura puede vaciar de contenido la garantía constitucional del derecho a la objeción de conciencia, al dejarla a merced de lo que el TC considere razonable o excesivo como restricción. Los derechos protegidos por la Constitución, correctamente entendidos, tienen un sentido propio -al menos en un nivel elemental- cuya eficacia no debería estar expuesta a los juicios de conveniencia coyunturales que de ellos haga un Tribunal.

Por otra parte, y dado que la doctrina del TC puede cambiar, y de hecho cambia, la identificación de reglas constitucionales no debe someterse ciegamente a las interpretaciones del TC. Por eso aunque la jurisprudencia constitucional debe ser tenida en cuenta en esa identificación de reglas, no es necesario ni conveniente adaptarse a ella. Máxime cuando, como ocurre en nuestro ejemplo, está amplia y sólidamente contestada. Tal vez deba hablarse de dos tipos de reglas de derechos fundamentales derivadas de la Constitución. Unas formulan los derechos tal como son aplicables a los ciudadanos, y vienen definidas por la jurisprudencia del TC y otras intervenciones autorizadas (legislación y jurisdicción ordinaria). Otras formulan los derechos tal como se desprenden de la propia Constitución, y vienen definidos por la lectura informada de la Constitución y de sus interpretaciones competentes, que no es patrimonio exclusivo del TC. Este segundo tipo de reglas expresa cómo deberían ser entendidos los derechos fundamentales por el TC y sus otros intérpretes autorizados. En cambio, es el primer tipo el que expresa cómo deben ser entendidos por los órganos judiciales, los

cuales han de atenerse a las interpretaciones autorizadas aunque sean defectuosas desde un punto de vista doctrinal.

3. Carácter concluyente de las normas constitucionales

Una vez examinado, siquiera someramente, el caso particular de la objeción sobrevenida a la luz de una teoría de las reglas de derechos constitucionales, me gustaría acabar tratando un punto que he venido posponiendo: la pertinencia de atribuir a ciertas normas (reglas) un carácter concluyente. Éste es en realidad un punto previo a toda la construcción de los derechos fundamentales como reglas, pero no creo que sea decisivo para contrastar su validez. No lo es, porque en todo momento he asumido que la noción de *regla* es una categoría de análisis teórico, un modelo, y que en la práctica no existen (apenas) normas jurídicas que sean auténticas reglas concluyentes, sino a lo sumo sólo normas a todas luces concluyentes o normas que pueden ser reconstruidas *ad hoc* como reglas concluyentes. Veremos ahora por qué, pero en todo caso esta matización explica que pueda haber pospuesto este punto hasta ahora, y que ahora lo trate casi a modo de apéndice.

Todas las normas jurídicas tienen fuerza decisoria sólo *prima facie*, pues son aplicables sólo si no lo impide otra norma de mayor peso. En esa medida las normas jurídicas no son concluyentes. Pero hay normas de las cuales cabe esperar su aplicación en todos los supuestos, porque no es previsible que entren en conflicto con una norma superior. En esa medida hay normas que son a todas luces concluyentes. Pienso, por ejemplo, en la norma que expresa el artículo 18 CE: «Los españoles son mayores de edad a los 18 años». Es una norma *prima facie* como todas, pero no se me ocurre en qué condiciones podría postergarse su aplicación justificadamente. Por otra parte, es posible tomar las normas aplicadas a un caso y reconstruirlas en forma de reglas concluyentes (decisoras) para ese caso. Con la oportuna autoridad en la formulación, tales reglas pueden convertirse en normas concluyentes también para casos futuros semejantes. Tenemos por tanto al menos dos sentidos en los que cabe hablar con propiedad de *reglas*, pese a tratarse siempre de normas sólo *prima facie* aplicables: *a)* normas previsiblemente (a todas luces) concluyentes; y *b)* normas retrospectivamente concluyentes. Todo esto teniendo en cuenta, además, que en puridad una regla es válida sólo si es aplicable. Porque el hecho de que las reglas contemplen todas sus excepciones, como corresponde a su naturaleza, implica que una regla sólo puede ser postergada en virtud de una excepción imprevista si no es una regla válida. En este sentido, de las reglas debe decirse que en la práctica sólo son válidas *prima facie*. Porque puede aparecer una circunstancia imprevista que demuestre que la regla es inaplicable tal y como había sido previamente formulada, dado que debe ser postergada en favor de otra norma.

Esta circunstancia invalidante ha de formar parte de la formulación de la regla para que ésta sea de nuevo válida *prima facie*.

Otra forma de enfrentarse al problema anterior es la ensayada por Neil MacCormick en un interesante trabajo sobre la presencia de «inconclusividad» -*defeasibility*, término que no sé traducir de mejor manera- en el Derecho y en la Lógica.[5] MacCormick observa que junto a las ocasiones en que una regla jurídica somete expresamente a una excepción o cláusula la producción de un efecto que de otra forma debería producirse, coexiste una posibilidad de excepción o «inconclusividad» implícita. Porque según él, es siempre correcto entender las formulaciones expresas de las reglas constitutivas de las instituciones jurídicas «como si sólo dispusiesen condiciones "normalmente necesarias y presumiblemente suficientes" para las ordenaciones que regulan», de modo que son posibles excepciones implícitas.[6] Ahora bien, seguir aquí a MacCormick no significa desvirtuar la interpretación de los derechos fundamentales como reglas concluyentes, según creo. Porque él propone atribuir la inconclusividad no a los verdaderos derechos, sino a las pretensiones de derechos que toman erróneamente las condiciones satisfechas en el caso como si fueran suficientes para adquirir el derecho. En tales supuestos -nos dice- no es que el derecho fuese desestimado por efecto de otros elementos (inconclusividad), sino que simplemente no existía. «De modo que después de todo no es el *concepto* lo que no es concluyente, sino alguna formulación de las condiciones para manifestar el concepto en supuestos dados, o alguna afirmación, adscripción o pretensión basada en una cierta comprensión de esas condiciones».[7]

El referido planteamiento de MacCormick, que merecería ser repasado por extenso, me reafirma en la opinión de que los derechos fundamentales pueden, y tal vez deban, ser concebidos como reglas concluyentes, aunque en la práctica jurídica éstas no existan, dadas las limitaciones técnicas para la formulación de enunciados normativos.[8] Apoyándose en la pragmática procesal de la carga de la prueba, MacCormick sitúa la clave en no confundir

---

[5] N. MacCORMICK, «Defeasibility in Law and Logic», en Z. BANKOWSI *et al.* (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, 1995, pp. 99-117.

[6] MacCORMICK, «Defeasibility...» *cit.*, p. 100.

[7] MacCORMICK, «Defeasibility...» *cit.*, p. 102.

[8] Escribe MacCormick, «Defeasibility...» *cit.*, p. 103: «Notoriamente, sería extremadamente difícil, quizás imposible, y sin duda el enemigo de cualquier clase de claridad o cognoscibilidad en el Derecho, intentar una formulación de toda precondición de validez concebible en cada enunciado de cada regla» (...) «El enunciado general del derecho es adecuado si estipula lo necesario y suficiente para la determinación del derecho en el común de los casos, sujeta a cualquier excepción o cláusula expresa respecto a los factores invalidantes recurrentes y fácilmente previsibles (o bien documentados doctrinalmente o establecidos jurisprudencialmente).

los requisitos intrínsecos a las normas con las excepciones extraordinarias con que quepa oponer su aplicación (y que en teoría deberían estar igualmente expresadas en la regla so pena de invalidez). Según sugiere, «debe tenerse en cuenta de forma cabal la diferencia entre lo que es razonable formular como las condiciones normalmente necesarias y presumiblemente suficientes de alguna titularidad jurídica, y las condiciones más bien excepcionales o inusuales que otra parte interesada puede ser capaz de aducir como objeciones a otorgar finalmente la titularidad».[9] Concluyendo, cabe pensar que la carencia de reglas completas en la Constitución -y en general en el conjunto del ordenamiento jurídico- no desautoriza la tarea de reconstruir las supuestas reglas de derechos fundamentales. Pues aquella carencia, que es una consecuencia razonable del hecho de que ciertas excepciones a la atribución de derechos son inauditas, puede ser hipotéticamente corregida una vez que en la práctica jurídica la parte que se opone al reconocimiento del derecho actualiza y alega las excepciones implícitas.

Completaré este punto ensayando una aplicación, tal vez apresurada, de la distinción entre requisitos razonablemente previsibles y excepciones inusuales al derecho a la objeción sobrevenida. Cabe pensar que el legislador ha visto su competencia para impedir el ejercicio en filas de la objeción como una condición negativa o requisito intrínseco de la atribución constitucional de un derecho a la objeción de conciencia. Dicho de otro modo, una interpretación favorable al legislador sería que entre los requisitos intrínsecos de la titularidad del derecho constitucional a la objeción de conciencia figuran las limitaciones temporales que para su ejercicio pueda introducir la ley de desarrollo. Esta interpretación me parece inadecuada, porque implica asumir, de forma inverosímil, que la ausencia de limitación temporal legal es una condición normalmente necesaria de la titularidad del derecho a la objeción de conciencia, cuando la Constitución no dice nada al respecto. Una segunda interpretación, que presumiblemente cabe atribuir al Tribunal Constitucional, es que la limitación temporal legal es una excepción imprevista en la formulación expresa, pero legítima por estar implícita en el contexto constitucional. Esto explicaría la exclusión de la objeción de conciencia sobrevenida pese a no estar exceptuada en el artículo 30.2 CE. Sin embargo creo que no es una interpretación convincente, porque implica considerar la limitación temporal legal como una opción razonablemente imprevisible en el momento constituyente. Queda entonces una tercera interpretación: el límite temporal legal es una excepción imprevista pero previsible, y por tanto ilegítima desde el punto de vista constitucional (no es una excepción implícita ni mucho menos un requisito intrínseco).

---

[9] MacCORMICK, «Defeasibility...» *cit*., p. 106.

DOXA 21-I (1998)

MÉTODOS Y TÉRMINOS TEÓRICOS EN LA DOGMÁTICA CONSTITUCIONAL

1. Hume, Moore y los sistemas normativos

A mediados del siglo XVIII David Hume, en su *Tratado de la Naturaleza Humana*, se abocó al estudio de la posibilidad conocimiento, y con relación a cuestiones morales («moral subjects») intentó demostrar que los sistemas de moral no pueden ser derivados de la razón.

Es allí donde el filósofo inglés formula la siguiente observación.

> *«En todo sistema de moral de que haya tenido noticia, hasta ahora, he podido observar que el autor sigue durante cierto tiempo el modo de hablar ordinario, estableciendo la existencia de Dios o realizando observaciones sobre los quehaceres humanos, y, de pronto, me encuentro con la sorpresa de que, en vez de las cópulas habituales de las proposiciones: «es» y «no es», no veo ninguna proposición que no esté conectada con un «debe» o «no debe». Este cambio es imperceptible, pero resulta, sin embargo, de la mayor importancia. En efecto, en cuanto que este «debe» o «no debe» expresa alguna nueva relación o afirmación, es necesario que ésta sea observada y explicada y que al mismo tiempo se dé razón de algo que parece absolutamente inconcebible, a saber: Cómo es posible que esta nueva relación se deduzca de otras totalmente diferentes. Pero como los autores no usan corrientemente de esta preocupación, yo tomo la libertad de recomendarla a los lectores y estoy persuadido de que esta ligera atención destruirá todos los sistemas corrientes de moral...»*[1]

Esta idea de la imposibilidad de deducir enunciados de carácter prescriptivo a partir de enunciados descriptivos ha sido denominada «ley de Hume» o «falacia de Hume». Para el filósofo inglés existiría entonces «un abismo lógico» infranqueable entre enunciados descriptivos y enunciados de tipo normativo, como los de la ética o la moral.

En el siglo XX, George Edward Moore hablaría de la «falacia naturalista» («naturalistic fallacy») para referirse a la imposibilidad de derivar la ética de la metafísica y marcar el error de aquellos filósofos que identificaban lo «bueno» con cualquier propiedad natural.

---

[1] Hume, D., *Tratado sobre la naturaleza humana*, Madrid, 1986, pág. 656.

En efecto, el concepto de falacia naturalista está también conectado con la idea de la necesaria bifurcación entre el «ser» y el «deber ser», entre los valores y los hechos, entre lo normativo y lo descriptivo. Según Frankena[2] muchos «moralistas», en especial los intuicionistas, consideraron apropiado bautizar como «falacia naturalista» al intento de derivar «debe» de «es» en el ámbito de la ética. Es por ello que muchas veces las expresiones «falacia de Hume», «ley de Hume» y/o «falacia naturalista» son utilizadas indistintamente, a pesar de que esta última va algo más allá que lo expresado en el célebre párrafo de Hume.

La falacia naturalista en sentido estricto puede hacer referencia a una de estas tres ideas:

(i) las proposiciones éticas no son deducibles de las no éticas.

(ii) las propiedades éticas no pueden ser definidas en términos no éticos.

(iii) las propiedades éticas son diferentes de las no éticas[3].

Un ejemplo clásico de comisión de la falacia naturalista está constituido por el argumento epicúreo que tomara Mill en favor del hedonismo, de acuerdo con el cual el placer es bueno, dado que es perseguido por todos los hombres. En este caso se ve claramente cómo una conclusión ética («el placer es bueno») es derivada de premisas no éticas («el placer es perseguido por todos los hombres»). Tanto Hume como Moore intentaron mostrar que no se puede deducir que el placer sea bueno (plano ético-normativo) del hecho de que todos los hombres busquen el placer (plano descriptivo).[4]

En este trabajo tomaremos las expresiones «falacia de Hume», «ley de Hume» y «falacia naturalista» como sinónimas[5] y haciendo referencia a:

---

[2] Frankena, W., «The Naturalistic Fallacy», en *Theories of Ethics*, Oxford University Press, 1970, págs. 50 y ss.

[3] Frankena, W., op. cit., pág. 55.

[4] De acuerdo con Nino, el punto en que primordialmente se ponen de manifiesto los problemas de la tesis de Mill, es en su «prueba del principio de utilidad» según la cual, del hecho de que todos los hombres deseen su propio placer o felicidad se sigue que es deseable el placer o la felicidad de todos. Mill incurriría aquí en dos falacias: la naturalista, dado que se daría una confusión entre lo deseado de hecho y lo deseable, siendo esto lo que lo lleva a pasar del ser al deber ser, y la falacia de composición, a través de la cual, de la afirmación de que todos los hombres desean su propia felicidad, se pasa a la afirmación de que para cada hombre es deseable la felicidad de todos los hombres. Conf. Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, Bs. As., 1987, pág. 393.

[5] Ello por cuanto concordamos con Ayer en que la falacia naturalista constituye un «hallazgo ilusorio», pues si existe, su comisión se producirá cuando se defina «"bueno" de una forma tal que no implique que lo que es bueno es algo que haya que buscar o hacer». Según este autor, Moore no hace otra cosa que repetir el argumento de Hume, ya que lo que en definitiva sostiene es que «bueno» es un concepto normativo y que por lo tanto es erróneo otorgarle un significado puramente descriptivo. Ayer avanza aún más y acusa al propio Moore de haber cometido la falacia que denuncia cuando, al sostener que «bueno» no podría reemplazarse por

a) que existe una clase de enunciados, los descriptivos, que son diferenciables, desde el punto de vista del uso del lenguaje, de los enunciados de carácter normativo, y

b) que no es posible derivar enunciados normativos a partir de enunciados descriptivos.

Como hemos visto, la disputa en tomo a la posibilidad de derivar el «deber ser» del «ser» se desarrolló en tomo al discurso ético. Sin embargo, los alcances de la falacia de Hume, tal como aquí ha sido planteada, no se agotan en ello, sino que se extienden a todo conjunto normativo, y por lo tanto comprenden también al derecho.

A pesar de la claridad de la distinción entre enunciados descriptivos y enunciados normativos y al obstáculo que supone la falacia de Hume para transitar de unos a otro, en los estudios de derecho no es poco frecuente detectar el intento de trasponer este «abismo lógico» entre *ser* y *deber ser*.[6]

Muchas veces los juristas pretenden ajustar el derecho a ciertas exigencias tales como la completitud, la coherencia, la justicia, etc. Para ello es menester modificar los sistemas jurídicos, superando sus deficiencias. Sin embargo la adecuación a tales ideales no es presentada como una propuesta de modificación, sino que se recurre a una serie de construcciones y artilugios retóricos intentando demostrar que esa es la «verdadera» interpretación del sistema y/o que la misma se deriva lógicamente del mismo. Entre ellas podemos mencionar a las tristemente célebres apelaciones a las «naturalezas jurídicas»[7], las definiciones reales, la subsunción de la solución en un principio general de mayor alcance que las normas que justifican, la adscripción de soluciones al legislador bajo el presupuesto de su racionalidad,

---

ninguna propiedad natural, infirió de ello que se trataba de una cualidad no natural. Conf. Ayer. A., *La filosofía del siglo XX*, Barcelona, 1983, pág. 61.

[6] Hans Kelsen ha puesto reiteradamente el toque de alerta sobre este problema en la órbita del derecho: «Nadie puede negar que la afirmación de que "algo es" -esto es, el enunciado con el cual se describe un hecho real-, es esencialmente diferente del enunciado que dice que "algo debe producirse", esto es: del enunciado con el cual se describe una norma y que, en consecuencia, de que algo exista no puede seguirse que algo deba existir, de igual modo a que de algo deba ser, no puede seguirse que algo sea...». Kelsen, H., *Teoría Pura del Derecho*, México, 1979, págs. 19 y 20.

[7] Para un análisis crítico en torno a la «búsqueda» de las «naturalezas jurídicas» véase Bulygin, E., *Naturaleza jurídica de la letra de cambio*, Bs. As., 1961; Carrió, G., *Notas sobre derecho y lenguaje*, Bs. As., 1987; y Nino, C., op. cit., pág. 336. La dogmática constitucional también recurre a su utilización. Véase a modo de ejemplo, Medina Rubio, R., *La función constitucional de las comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, 1994, con relación a la naturaleza jurídica de las comisiones parlamentarias de investigación; Pérez-Serrano Jáuregui, N., *Los grupos parlamentarios*, Madrid, 1989, donde se dedica un capítulo a la naturaleza jurídica de los grupos parlamentarios; Sagüés, N., *Elementos de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1993, que analiza la naturaleza jurídica del municipio de la Capital Federal, de las Provincias, del juicio político, etc.

etc.[8] Es decir, los juristas encubren su «función normativa» mediante un arsenal teórico, algunas de cuyas armas intentaremos analizar en este trabajo.

2. La falacia de Hume y las bases filosóficas de la dogmática constitucional

Para mejor comprender las herramientas teóricas que se utilizan en el ámbito de la teoría constitucional, intentaremos describir muy sucintamente el telón de fondo sobre el que las mismas se recortan.

Cuando hacia el siglo XVII se comienza a discriminar entre ciencias racionales y ciencias empíricas, el estudio del Derecho fue ubicado entre las primeras. Las corrientes iusnaturalistas racionalistas predominantes en dicha época, con exponentes como Grocio y Pufendorf, entre otros, presentaban la elaboración de detallados sistemas de «derecho natural» como principios autoevidentes que hacían las veces de axiomas a partir de los cuales se deducían lógicamente normas jurídicas positivas.[9] Los juristas estudiaban, no las normas vigentes, sino las que debían regir según los postulados que conformaban el derecho natural».

Hacia el siglo XIX, con el inicio del proceso de la codificación, sumado a otros factores políticos y filosóficos, se produjo un giro en la actividad de los juristas, muchos de los cuales dejaron de lado los principios universales y eternos del derecho natural y los sustituyeron por las normas del derecho positivo. Es decir, las normas emanadas del legislador pasaron a constituir, en esta nueva etapa, los axiomas de la «ciencia del derecho».[10] Cuando el iusnaturalismo racionalista se enfrentó a esta nueva realidad de la codificación, no modificó sus métodos sino que se abocó a la tarea de aprehenderla a partir de los mismos presupuestos y métodos de corte abstracto y metafísico propios del racionalismo.[11] Las creencias de que la legislación es la fuente principal del derecho y de que el orden jurídico es preciso, completo y coherente se convirtieron en premisas no sujetas a comprobación intersubjetiva,

---

[8] Conf. Nino, C., op. cit., págs. 328 y ss.

[9] Cabe aclarar que, tal como gentilmente nos comentara el Dr. Bulygin, la filosofía del derecho de Kant no es asimilable a la de estos autores, aunque presente influencias iusnaturalistas. En el mismo sentido Muguerza afirma que el llamado «derecho racional» kantiano (*Vernunftrecht*) no se identifica con el derecho natural tradicional, ni siquiera el racionalista. Conf. Muguerza, J., *La alternativa del disenso*. (*En torno a la fundamentación ética de los derechos humanos*), en Muguerza, J. y otros., *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, 1989, pág. 22.

[10] Conf. Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Bs. As., 1987, págs. 89/90.

[11] Conf. González Vicén, F., «Sobre los orígenes y supuestos del formalismo en el pensamiento jurídico contemporáneo», en *Anuario de Filosofía*, Madrid, 1961, citado por Nino, C., op. cit., pág. 337.

constituyéndose en un dogma para la mayor parte de los emprendimientos teóricos contemporáneos en materia jurídica. Esto hizo que el discurso de la «dogmática jurídica» no asumiera las características de un discurso meramente cognoscitivo y que asumiera como finalidad la reformulación del derecho positivo a fin de adecuarlo a sus ideales de precisión, completitud y coherencia, y a determinadas preferencias axiológicas. Para realizar esa tarea los juristas debieron elaborar un aparato conceptual que les permitiera hacer aparecer como implícitas o derivadas del derecho positivo soluciones que, en realidad, eran de su propia manufactura.

La teoría constitucional parece no escapar de las influencias de este modelo teórico que naciera en el siglo pasado. La actitud que asumen no solo los teóricos sino también los jueces frente a la interpretación de las normas constitucionales, esconde tras de sí una serie de presupuestos tales como la completitud y la coherencia de los sistemas normativos y la precisión y univocidad del lenguaje de las normas propias del paradigma descripto.

A lo anterior debemos adicionar que varios de los doctrinarios del derecho constitucional adhieren a enfoques filosóficos de corte iusnaturalista que obviamente influirán también sobre su metodología y sobre los términos teóricos que empleen.

El iusnaturalismo podría caracterizarse, siguiendo al profesor Carlos Nino[12], a través de dos tesis:

1. Existe un derecho natural, es decir, un conjunto de principios morales y de justicia de carácter objetivo, cognoscibles a través de la razón humana.
2. Para que un sistema normativo sea considerado jurídico debe adecuarse a los principios del derecho natural.

Ahora bien, la afirmación de la existencia de un conjunto de normas universalmente válidas y cognoscibles, capaces de suministrar criterios de juridicidad, trae aparejadas una serie de dificultades que será necesario tener presentes por sus implicancias epistemológicas.

Desde el punto de vista epistemológico, el primer problema que se plantea es determinar cuál es la fuente del derecho natural. En esto los iusnaturalistas se encuentran muy lejos de brindar una respuesta unánime: «Dios», la «naturaleza», la «razón humana»...

Pero no sólo discrepan en cuanto al origen del derecho natural: también existen profundos desacuerdos en cuanto a su contenido. En efecto, el derecho natural ha sido utilizado para justificar el absolutismo (Hobbes) y la democracia (Rousseau), la propiedad privada (Grocio, Locke) y la propiedad

[12] Nino, C., op. cit., pág. 28.

colectiva (Morelly), la conservación del *statu quo* (Aristóteles) y la revolución (Rousseau).[13]

Un intento por salvar este enorme obstáculo lo constituye el interpretar que el contenido del derecho natural es «progresivo», esto es, que si bien estaría conformado por un núcleo de principios inmutables, se diversificaría en sus determinaciones históricas. El derecho positivo toma esos principios y los adapta a las condiciones históricas propias de las comunidades.[14]

Pero en tal caso deberíamos admitir que, si los principios siempre son los mismos y lo que hace el derecho positivo es adaptarlos a un momento histórico particular, analizando la historia del hombre se concluye que, o bien dentro del derecho natural existen principios contradictorios -que nos permiten justificar tanto la esclavitud en la antigüedad, lo cual implica la negación del status de persona a ciertos seres humanos, como la afirmación de que todos los seres humanos poseen ciertos derechos por el sólo hecho de ser hombres, en el siglo XX-, o bien que el hombre malinterpretó o no descubrió en tales casos el «verdadero» principio. Ambas conclusiones serían inaceptables para un iusnaturalista ya que, si los principios morales fueran contradictorios, cualquier otro sería a partir de ellos derivable, y por otra parte, todo partidario de esta postura también afirma que esos principios son cognoscibles y autoevidentes.

El tercer problema se relaciona con el método a través del cual se podría acceder a los contenidos del derecho natural. Generalmente se habla de la intuición,[15] o algún tipo de revelación o captación directa o evidente, que son incompatibles con uno de los principales requisitos de la ciencia moderna cual es el del control intersubjetivo.

Estos problemas, el de la identificación de las fuentes, la determinación de cuáles son los principios o valores morales y el del método para su conocimiento, son extensibles también a otras propuestas que si bien generalmente

---

[13] Conf. Kelsen, H., «La doctrina del derecho natural ante el tribunal de la ciencia», en *¿Qué es la justicia?* Buenos Aires, 1993, págs. 64-111.

[14] Ver Padilla, M., *Lecciones de derechos humanos y garantías constitucionales*, Bs. As., 1993, págs. 27 y ss.; Bidart Campos, G., «Dogmática constitucional de los derechos humanos. (El derecho natural en el derecho constitucional de los derechos humanos)», en *A.A.D.C. Boletín informativo*, Bs. As., agosto de 1993.

[15] Bidart Campos y Sagüés hablan por ejemplo de la «intuición eidética», que permitiría seleccionar entre distintas valoraciones el criterio o parámetro de valor. El último introduce una serie de «métodos» a través de los cuales se podrían efectuar ciertas correcciones en el descubrimiento de los criterios de valor. Entre ellos, el método de «fraccionamiento», que «*advierte que nunca es posible una justicia o legitimidad perfecta en el mundo jurídico*», parece admitir algunas de las deficiencias que tradicionalmente denunciara el positivismo como por ejemplo el hecho de que un acto reputado hoy como justo puede no serlo mañana. Conf. Sagüés, N., *Elementos de Derecho Constitucional*, Bs. As., 1993, T. I, pág. 73 y ss. y Bidart Campos, G., op. cit., pág. 2 y ss.

no son consideradas iusnaturalistas en sentido estricto, postulan la existencia de ciertos valores cognoscibles de carácter objetivo que deben ser tenidos en cuenta por la ciencia del derecho.[16]

Hechas estas aclaraciones, pasaremos a analizar en primer lugar ciertas cuestiones vinculadas con lo metodológico, para luego hacer lo propio con algunos conceptos teóricos específicos de la disciplina.

3. Algunos aspectos metodológicos en la dogmática constitucional

a) La interpretación

La interpretación es entendida como la tarea a través de la cual se intenta establecer el sentido de las normas.[17] La interpretación supondría dos cosas:

a) que el intérprete retrocede mentalmente al momento de la creación de la norma y a la voluntad creadora en igual momento;

b) que el intérprete confronta el sentido que a la norma le asigna la comunidad actual con el sentido que le atribuyó el autor.[18]

En materia de interpretación, tanto en la doctrina constitucional como en la jurisprudencia se presenta la dicotomía entre dos tipos de interpretación:

- Interpretación literal: la que procura establecer el sentido de las palabras del texto normativo. En ella el intérprete debe «*combinar el sentido común con el sentido técnico y considerar a la norma integrada en el contexto donde está ubicada*»[19].
- Interpretación histórica: la que trata de desentrañar la «*voluntad real e histórica*», la «*intención*» del autor de la norma.[20]

---

[16] Por ejemplo la teoría egológica de Carlos Cossio, seguida entre otros constitucionalistas por los profesores argentinos Segundo Linares Quintana y Humberto Quiroga Lavié.

[17] Conf. Bidart Campos, G., *Tratado elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Bs. As., 1986, T. I, pág. 67; Linares Quintana, S., *Reglas para la interpretación constitucional*, Bs. As., 1987; y Sagüés, N., op. cit., T. I, pág. 51.

[18] Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 67; Willoughby, W., *The Constitutional Law of the United States*, citado en Linares Quintana, S., *Reglas para la interpretación constitucional*, ya citado, pág. 73.

[19] Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 67; Linares Quintana, S., *Reglas para la interpretación constitucional*, ya citado, pág. 73. La Corte Suprema de la República Argentina pareció privilegiar esta interpretación en un primer momento, tal lo que surge de los casos «Mórtola» y «Lara». Conf. Sagüés, N., op. cit., T. I, pág. 54.

[20] Conf. Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 67; Fiore, P., *De la irretroactividad e interpretación de las leyes*, Madrid, 1927, citado por Linares Quintana, S., en *Reglas para la Interpretación Constitucional*, ya citado; Ramella, P., *Derecho constitucional*, Bs. As., 1986, pág. 14. La Corte Suprema Argentina en el caso «Piccardo» (citado por Sagüés, N., op. cit., T. I, pág. 54) dijo que «*el fin primordial del intérprete es dar pleno efecto a la voluntad del legislador*».

La clasificación descripta da cuenta de dos actitudes interpretativas que generalmente se asumen frente a un texto lingüístico: la interpretación subjetiva, que centra su atención en la intención que tuvo el que formuló el enunciado, y la interpretación objetiva, que hace hincapié sobre lo que efectivamente dijo el autor del texto, sobre el significado que poseen sus palabras en el lenguaje ordinario, o como dice Alf Ross, «*sobre el significado que está en la comunicación como tal, considerada como un hecho objetivo*»[21].

Con relación a la interpretación subjetiva se debe reconocer que es imposible acceder a la voluntad o intención del autor de la norma. Por lo tanto, hablar de interpretación subjetiva significa que, además de la expresión lingüística, se hace hincapié en otros datos que se consideran relevantes: la situación histórica, la ideología política, el propósito expreso o aquello que guió a formular la expresión, etc.[22]

En cuanto al otro camino interpretativo, consideramos que una expresión como tal no tiene necesariamente un significado objetivo preciso. El mismo dependerá de las propiedades o datos que el intérprete considere *relevantes* y de sus propias ideas y conjeturas acerca del texto normativo: «*la creencia en la interpretación literal es una ilusión...*»[23].

Es por ello que coincidimos con Alf Ross en que, tomada la distinción mencionada -interpretación subjetiva e interpretación objetiva- como un contraste absoluto entre lo que se quiere decir y lo que se dice, la misma es insostenible. Toda interpretación será *perspectivada*, en el sentido de que en uno u otro caso será el intérprete el que escogerá qué elemento o circunstancia considera de importancia para determinar el sentido de una norma. Y es importante tener esto en cuenta para no caer en el error de tomar a un determinado método o técnica interpretativa como una herramienta «esterilizada» a través de la cual accederemos al «verdadero» sentido de la norma.

Uno de los aspectos más discutidos de la interpretación constitucional está constituido por la llamada «interpretación mutativa». Según este tipo de interpretación, se admite que el intérprete modifique el significado de la norma manteniendo intacto su texto: la interpretación mutativa «*modifica la constitución sin alterar su letra o espíritu*»[24].

Tanto la doctrina como la jurisprudencia consideran legítimo este método interpretativo para complementar el texto constitucional, a lo que se califica

---

[21] Ross, A., *Sobre el derecho y la justicia*, Bs. As., 1963, pág. 117.

[22] La interpretación, entendida como aprehensión de la supuesta voluntad histórica del legislador real, se conoce como «exégesis» y presupone la tesis ontológica de que el derecho es un modo de la voluntad, identificándose esa voluntad con la voluntad de algún legislador real. Conf. Vernengo, R., *Curso de Teoría General del Derecho*, Bs. As., 1985, pág. 413.

[23] Ross, A., op. cit., pág. 118.

[24] Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 68. En el mismo sentido Sagüés, N., op. cit., pág. 56 y Ramella, P., op. cit., pág. 14.

de mutación «praeter constitutionem». Para el caso en que la interpretación sea manifiestamente contraria al texto de la constitución, esto es, «contra constitutionem», algunos también la admiten si se trata de «*un fenómeno jurídico ya consumado*», haciendo referencia a los efectos que la costumbre puede ejercer sobre la eficacia de una norma.[25]

Ocurre que la expresión «norma» es ambigua, dado que puede entenderse por ella tanto el texto, la oración, el conjunto de palabras, como también el mensaje que se expresa a través de ellos.

Es aquí donde debemos recordar la distinción existente entre *norma* y *formulación de la norma*. La formulación de la norma es el texto a través del que se expresa la norma.[26] Es decir, que en el lenguaje normativo deberíamos distinguir entre:

- los símbolos, el texto propiamente dicho (formulación normativa) y,
- la norma, es decir el mensaje contenido en la formulación normativa.

En el discurso de la dogmática es muy común la utilización del término «norma» en sentido restringido, haciendo referencia solamente a la formulación normativa, como vimos ocurre con la llamada «interpretación mutativa». De esta forma todo cambio de interpretación no sería considerado una modificación del sistema jurídico, ya que la misma se produciría únicamente mediante la intervención del legislador.

Sin embargo la distinción introducida por von Wright nos muestra que esto no es así. Cuando se produce un cambio en la interpretación de la formulación normativa se modifica la norma y por lo tanto el sistema jurídico. Si interpretamos «norma» junto a Alchourrón y Bulygin como aquel enunciado que correlaciona un caso con una solución, un cambio en la interpretación significa un cambio en la correlación, y estamos por lo tanto ante una nueva norma.[27] La interpretación mutativa justificaría entonces la posibilidad de colmar las lagunas normativas, tema que analizaremos en el punto siguiente.

Por otra parte, tenemos la cuestión de la existencia o no de jerarquías en las declaraciones de derechos de las constituciones. Por ejemplo, la Constitución argentina en su parte dogmática no incluye ningún orden jerárquico entre los derechos en ella reconocidos. La Corte Suprema de Justicia y gran parte de la doctrina nacional sostienen que los derechos fundados en cualquier

---

[25] Sagüés, N., op. cit., pág. 59. En contra, Ramella, P., op. cit., pág. 15.

[26] Conf. von Wright, G. H., *Norma y acción, una investigación lógica*, Madrid, 1979, págs. 109 y ss.

[27] Conf. Bulygin, E., «Dogmática jurídica y sistematización del derecho», en *Análisis Lógico y Derecho*, Madrid, 1991,pág. 469.

cláusula de la Constitución tienen igual jerarquía y que en caso de colisión entre algunos de ellos la interpretación debe armonizarlos.[28]

En cambio, otros sostienen que entre los derechos constitucionales sí existe una escala jerárquica. Como ejemplo paradigmático el profesor Ekmekdjian parte de la idea de que los derechos son accesorios de los valores y que estos últimos están ordenados jerárquicamente. De esto concluye que los derechos constitucionales también están ordenados jerárquicamente.[29]

Para construir dicha escala Ekmekdjian tiene en cuenta la razonabilidad, la mayor o menor restringibilidad del derecho subjetivo que protege al valor, el método de las «sustracciones hipotéticas» que consiste en imaginar un mundo en el cual se negara una categoría de derechos (valores) y otro que si lo aceptara juzgando cuál pérdida es más importante, la medición de la posibilidad de renuncia del derecho por su titular, y por último la intuición. Todo esto le permitiría señalar el valor más significativo en forma unívoca. Creemos que esta teoría adolece ella misma de la falacia de Hume. En efecto, el intento del autor de presentar la «verdadera» escala jerárquica de valores y, consecuentemente, de derechos subjetivos, a partir de una serie de métodos que, si bien son presentados como «fundamentalmente jurídicos»[30], poseen un alto grado de subjetivismo y poco sustento normativo, acercan a esta propuesta más a las preferencias particulares del constitucionalista que a la descripción objetiva de nuestro sistema jurídico.[31] En definitiva, sería pasible de las críticas ya formuladas respecto del iusnaturalismo.

La expresión «sistema normativo» también es ambigua y con ella puede hacerse referencia a un conjunto de normas o bien a un conjunto jerárquicamente ordenado de normas. Cuando se introduce un orden jerárquico en un determinado conjunto de normas, es decir, se establece una preferencia de una norma sobre otra, se modifica el sistema, ya que la jerarquía implica

---

[28] Ver casos «Dri, A. c/ Gobierno Nacional», CSJN, LL-123-156; «Lopardo s/ insubordinación», CSJN 26/10/82, J.A. 1983-III 253; «Campillay c/ La Razón», LL 1986-C-411 de la Corte Suprema argentina, entre otros. Criterio similar adopta el Tribunal Constitucional español que ha manifestado: «*... ha de hacerse considerando a la Constitución como un todo en el que cada precepto encuentra su sentido pleno valorándolo en relación con los demás, es decir, de acuerdo con una interpretación sistemática...*», sentencia del 4/2/83 citada en Pérez Luño, A. E., *Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos*, en Muguerza, J. y otros, ya citado, pág. 288.

[29] Conf. Ekmekdjian, M., «*Temas constitucionales*», Bs. As., 1987, págs. 17 y 18, 23 a 29, 44 a 46. Ver también «M. de B., P. c/ Editorial L., S.A.», CNCiv., Sala A, LL, 126-466, 1987.

[30] «*... utilizaremos un instrumental fundamentalmente jurídico para elaborar nuestra escala...*», Ekmekdjian, M., op. cit., pág. 24.

[31] El propio autor prevé en uno de sus trabajos las dificultades que podría entrañar su teoría: «... esta tarea es asaz difícil, por cuanto no hay nada más teñido de subjetividad que una teoría de valores...», Ekmekdjian, M., op. cit., pág. 24.

derogación de ciertas normas inferiores.[32] En otras palabras, aún cuando las normas sean las mismas, desde el momento que se introduce o se modifica la jerarquía entre ellas estamos ante un nuevo sistema. De tal manera, los juristas, apelando a esta ambigüedad, podrían modificar los sistemas jurídicos sin «tocar» las normas, mediante la introducción de jerarquías que se presentan también como derivadas del propio sistema.

Si analizamos la teoría sustentada por ejemplo por la Corte Suprema argentina, en un primer momento parece dejar intacto el sistema de la constitución al interpretar el silencio del constituyente sobre el tema como «igual jerarquía». Sin embargo, cuando introduce la idea de que en caso de colisión de derechos en el caso concreto, los mismos deben ser interpretados en forma «armónica», se abre la puerta a infinidad de nuevos sistemas jurídicos. Con la idea de «interpretación armónica», se está legitimando al Alto Tribunal para que en cada caso concreto en que se presente un conflicto, él establezca un nuevo orden jerárquico.

En resumen, como hemos visto, en el ámbito de la dogmática constitucional los diferentes métodos interpretativos son propuestos como verdaderas herramientas para que el propio jurista e intérpretes -operadores -como el juez y el legislador- puedan «acceder» al significado de las normas.[33]

Cabe el interrogante de si los métodos interpretativos así concebidos no presentan una doble faceta que facilita su utilización ideológica. Se plantean como técnicas de carácter puramente cognoscitivo, en el sentido de que sirven para «desentrañar» una «comunicación normativa» confusa u oscura, o incluso «incompleta», pero sin embargo, asumen el papel de «técnicas socialmente prestigiosas»[34] para la orientación de los órganos de creación y sobre todo de aplicación de las normas generales.

Es aquí cuando se produce el «salto vedado»: los métodos interpretativos aparecen así como prescripciones destinadas a los mencionados órganos, y también son presentados como verdaderas reglas de derivación normativa implícitas en el ordenamiento jurídico.

b) Las lagunas y la actitud del jurista

Todos los teóricos del derecho constitucional son contestes en admitir la existencia de lagunas en los sistemas jurídicos. Generalmente se distingue entre lagunas normativas y lagunas axiológicas.

---

[32] Alchourrón, C. y Bulygin, E., «La concepción expresiva de las normas», en *Análisis Lógico y Derecho*, ya citado, págs. 144 y ss.

[33] Ver por ejemplo el completísimo panorama de métodos que propone Linares Quintana en *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, Bs. As., 1953, T. I, pág. 373 y ss.

[34] Vernengo, R., op. cit., pág. 413.

Las primeras se producen cuando existe un «vacío normativo»,[35] cuando a un determinado caso el sistema jurídico no correlaciona ninguna solución.[36]

En las llamadas «lagunas axiológicas», en cambio, sí existe una solución para el caso, pero el intérprete considera que la misma es injusta.

Al respecto, se ha dicho: «*Supongamos que hay una norma, que la voluntad del autor no ha -sido insuficiente como en el caso de las lagunas referidas, pero que la norma que hay nos parece injusta, y que por su injusticia queremos prescindir de ella y no aplicarla. Esto se llama carencia dikelógica de norma que proviene de descartar la norma injusta...*»[37]. Concordantemente, se ha señalado que hay laguna axiológica cuando «... la *constitución trata injustamente un tema dándole una solución tan ilegítima que no debe obedecerse (caso de derecho en sentido impropio o «derecho aparente» lesivo de principios fundamentales de derecho natural)...*»[38].

¿Cuál es la actitud que asume el intérprete frente a estos dos problemas?

Respecto de las lagunas axiológicas, aquellos que han abordado el tema coinciden en que la norma debe ser dejada de lado y, si fuera necesario, crear una norma justa que la sustituya. Así, algunos abiertamente sostienen que el juez debe declarar inconstitucional a la norma injusta.[39]

Respecto de las lagunas normativas se sostiene que el jurista debe elaborar la norma faltante. A esto se lo denomina «procedimiento de integración».[40]

La integración se llevaría a cabo de dos maneras:

a) cuando el vacío es llenado con elementos del propio sistema jurídico mediante la analogía o recurriendo a principios generales del derecho positivo constitucional, se habla de «autointegración»;

---

[35] Sagüés, N., op. cit, pág. 64. En igual sentido Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 67.

[36] Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, ya citado, pág. 41.

[37] Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, págs. 67 y ss.

[38] Sagüés, N., op. cit., pág. 64. En igual sentido Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 67.

[39] *Su primer intento ha de procurar encontrar en la constitución algún principio o algún artículo a los que la norma injusta transgreda, y por tal transgresión declarar que la norma injusta vulnera a la constitución en tal o cual parte o dispositivo, si fracasa en esa tentativa, creemos que le basta al juez declarar que la norma injusta que desaplica viola a la constitución en su preámbulo, cuando éste enuncia la cláusula de afianzar la justicia.* Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 71. En el mismo sentido Sagüés, N., op. cit., pág. 65.

[40] Conf. Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 68; Linares Quintana, S., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional Argentino y Comparado*, Bs. As., 1953, T. II, pág. 433; Sagüés, N., op. cit., pág 66.

b) cuando la solución se busca fuera del propio orden normativo, recurriendo a la «justicia material» y los principios generales del derecho, se habla de «heterointegración».[41]

En cuanto a cuál debe ser la tarea del juez frente a una laguna normativa, si debe resolver o no el caso, parece existir consenso doctrinario en afirmar que el juez debe «llenar» la laguna[42] recurriendo según el caso a cualquiera de los dos mecanismos descriptos arriba, privilegiando la autointegración por sobre la heterointegración.

La principal herramienta para «autointegrar» el sistema jurídico, de acuerdo a esta posición, es la analogía. La analogía es comúnmente utilizada por los juristas para extender el ámbito de aplicabilidad de las normas existentes. Para ello recurren a diferentes procedimientos retóricos de larga tradición: los argumentos a fortiori -sea a maiori ad minus o a minori ad maius- y los argumentos a pari o a simili, considerados por la dogmática tradicional como razonamientos propios de la lógica formal.

Sin embargo se ha demostrado que los argumentos por analogía tal como los usa la dogmática jurídica son, en general, lógicamente inválidos y que es falso que los aforismos en los que parecen apoyarse -por ejemplo, «quien tiene derecho a lo más tiene derecho a lo menos», «si está prohibido lo menos está prohibido lo más»- sean reductibles a operaciones lógicas o que constituyan reglas o preceptos lógicos.[43] Los argumentos a fortiori y a pari, especies del argumento por analogía, tal como se los utiliza en el discurso jurídico, no son lógicamente válidos. En efecto, en general se introducen en estas argumentaciones premisas implícitas las cuales, para el caso en que sean falsas, no justificarían la verdad de la conclusión. Si las premisas implícitas están contenidas en el sistema jurídico, la conclusión será lógicamente válida, pero no permitirá ampliar el ámbito de aplicación de norma alguna para colmar una laguna, dado que sólo se habrán explicitado las consecuencias lógicas que ya formaban parte del sistema. Para poder extender el ámbito de aplicación de una norma, las premisas implícitas deberán buscarse fuera del sistema, con lo que la conclusión no estaría justificada a partir del sistema jurídico sino a partir del sistema axiológico del intérprete.[44]

---

[41] Conf. Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 68.; Sagüés, N., op. cit., págs. 67 y 68.

[42] Conf. Bidart Campos, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 70; Sagüés, N., op. cit., pág. 67. Con relación al papel de la analogía véase también Vanossi, J., *Teoría Constitucional*, Bs, As., 1975, T. II, pág. 471.

[43] Alchourrón, C., *Los argumentos jurídicos a fortiori y a pari*, en Alchourrón, C. y Bulygin, E., *Análisis Lógico y Derecho*, ya citado, págs. 3 y ss.

[44] De acuerdo con Alchourrón, en los razonamientos por analogía se presuponen como premisas implícitas: a) la existencia de una cierta relación entre la conducta normada y aquella respecto de la cual se pretende determinar su calificación deóntica como conclusión del razonamiento

La mayoría de los juristas, parecen preferir esta última opción y estar dispuestos a pagar en moneda de racionalidad la ilusión de convertirse en legislador.

Esto nos demuestra que la autointegración, entendida como una técnica para solucionar el problema de las lagunas utilizando únicamente normas del sistema jurídico, no es más que una nueva violación de la ley de Hume, desde el momento en que se presenta como derivadas lógicamente del sistema jurídico soluciones que han sido obtenidas a partir de premisas extrasistemáticas. En consecuencia podemos afirmar que la distinción entre autointegración y heterointegración carece de todo sentido, ya que la primera puede reducirse a la segunda, dado que en ambos casos la solución se encuentra fuera del sistema.

4. La cuestión en torno a los términos teóricos de la dogmática constitucional

Como hemos visto al analizar los aspectos metodológicos de la dogmática constitucional, la asunción de ciertos presupuestos filosóficos parecen incidir directamente en la comisión de la falacia de Hume.

Pero, por otra parte, la dogmática constitucional maneja, como cualquier otra disciplina, ciertos conceptos teóricos para llevar adelante su tarea. Conceptos tales como el *principio de legalidad*, la *supremacía constitucional*, el *estado de sitio*, la *arbitrariedad*, la *intervención federal*, entre otros, son habituales en cualquier desarrollo de su labor.

Algunos de estos conceptos resultan problemáticos desde la perspectiva bajo análisis, pues también parecen conducir al paso vedado de lo descriptivo a lo prescriptivo. Estudiaremos los conceptos de *razonabilidad*, *poder de policía* y *derechos humanos*. El primero ha jugado un importante rol en materia de control de constitucionalidad. El segundo ha sido y es utilizado para la justificación de limitaciones a los derechos constitucionales. Con relación al tercero, incursionaremos en la problemática de su fundamentación.

a) Razonabilidad

La noción de razonabilidad se vincula con el concepto de debido proceso legal, el cual fuera elaborado en el seno de la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir de la interpretación de las enmiendas V y XIV con las

---

y; b) el carácter hereditario de la calificación deóntica existente en el sistema respecto de la relación antes mencionada. La verdad de la primera premisa implícita podría considerarse simplemente derivada del significado de las conductas analizadas. Respecto de la segunda, Alchourrón advierte con claridad que no es necesariamente verdadera, sino que su verdad dependerá de lo que en concreto nos diga el sistema jurídico en cuestión y el contexto de la situación considerada. Conf. Alchourrón, C., op. cit., págs. 9 a 14.

características de una garantía innominada y genérica de la libertad jurídica individual. El *due process of law* ha sido interpretado como haciendo referencia, por un lado, al conjunto de procedimientos que deben legalmente cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa sea formalmente válida (aspecto adjetivo del debido proceso), y por el otro, a que los actos cuenten con un cierto contenido de justicia (aspecto sustantivo del debido proceso legal). Con este último aspecto es que se identifica principalmente la idea de razonabilidad.[45]

La razonabilidad o debido proceso legal sustantivo consistiría en un patrón de justicia que permitiría establecer la validez axiológica de las normas, esto es, que ellas se ajustan o son conformes al valor justicia.[46]

Así, se ha manifestado que este principio podría expresarse de la siguiente manera: «*nadie puede ser obligado a hacer lo que la ley justa no manda ni privado de hacer lo que la ley justa no prohíbe*»[47].

Es decir, para que una norma sea constitucional, además de cumplir con ciertos requisitos formales, debe responder a ciertas pautas de valor suficientes: «*es menester dar contenido material de justicia al principio formal de legalidad*»[48].

---

[45] Según Linares es en 1855 cuando la Corte Suprema de los Estados Unidos la invoca por vez primera (Murray vs. Hoboken Land and Improvement Co.) y es con el caso «Chicago Milwaukee vs. Saint Paul Minnesota» (134 US 418) cuando pasa a ser no sólo una garantía procesal para ser también una categoría de tipo estimativo, un recurso técnico-axiológico que limita el poder del legislador. A partir de 1910, bajo la influencia de jueces como Holmes, Brandeis, Cardozo y Stone comienza a otorgársele un perfil más sociológico, «*son las circunstancias del caso, probadas por medios convincentes, o sea los hechos sociales que motivaron la ley y los fines sociales que ellas persiguen, los datos esenciales para determinar la razonabilidad de dicho acto legislativo...*» Linares, J., *Razonabilidad de las leyes (el «debido proceso» como garantía innominada en la Constitución argentina)*, Buenos Aires, 1970.

[46] Conf. Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 228. y Linares, F., op. cit., 30. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la razonabilidad «implica un juicio de valor y, aplicada a una ley, una conformidad con los principios del sentido común». Se utiliza, igualmente, referida a parámetros de interpretación de los tratados y, por consiguiente, de la Convención. Siendo razonable lo justo, lo proporcionado y lo equitativo, por oposición a lo injusto, absurdo y arbitrario, es un calificativo que tiene contenido axiológico que implica opinión pero, de alguna manera, puede emplearse jurídicamente como, de hecho, lo hacen con frecuencia los tribunales, pues toda actividad estatal debe no solamente ser válida sino razonable. *Ciertas atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos)*, Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13, párr. 33 y caso Paniagua Morales y otros, sentencia de excepciones preliminares, 25/1/96.

[47] Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 227. En el mismo sentido Padilla, M., op. cit., pág. 107; Zarini, H., *Análisis de la Constitución Nacional*, Bs. As., 1986, pág. 88.

[48] Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 228.

En el derecho argentino, el principio de razonabilidad se encontraría principalmente receptado por el art. 28 de la Constitución Nacional, el cual establece que «*Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio*».[49]

Consecuentemente, una norma sería irrazonable en la medida en que se produzca la alteración que menciona el artículo 28. Al respecto, se ha dicho que «*... la alteración que aquí se menciona significa cambiar la esencia o forma de una cosa, esto es, aquello que, en el caso de los derechos, es inseparable de su naturaleza profunda... La alteración de un derecho constituye una reglamentación irrazonable del mismo, puesto que lo priva de su esencialidad*»[50]. Asimismo, la razonabilidad exige que el medio elegido por el legislador para alcanzar un fin determinado guarde proporción con este último.

Con este principio se introduce como condición sine qua non para la constitucionalidad de una norma su adecuación a determinados parámetros axiológicos o morales. Ahora bien, cuando se habla de «contenido material de justicia» cabe preguntarse si se está haciendo referencia a un sistema de moral positiva vigente de hecho en una sociedad, en un momento y lugar determinados, a una moral ideal o crítica, o a principios previstos en la propia Constitución.

En muchos casos se pretende hacer referencia a una «moral ideal o crítica» de principios y reglas «objetivos».[51] Ya analizamos los problemas que la adopción de una posición tal lleva aparejados. Sin embargo, agregaremos a lo dicho una consideración crítica: desde el momento en que el principio de razonabilidad implica una serie de reglas cuya verificación intersubjetiva es por lo menos dificultosa, se corre el riesgo de presentar con rasgos de objetividad las propias valoraciones del intérprete.

Menor parece ser el riesgo de violar la ley de Hume cuando el concepto de razonabilidad es entendido en términos de una moral positiva. Así por ejemplo se ha señalado que «... el acto legislativo, razonable internamente, debe satisfacer el sentido común jurídico de la comunidad expresado en el plexo de valores que lo integran: valores que son recibidos, de acuerdo con las modalidades de cada pueblo, por la Constitución del Estado (dicho sentido

---

[49] Quiroga Lavié., H., op. cit., pág. 468, agrega a esta norma el artículo 18 con relación a las decisiones judiciales y el actual art. 99 inic. 2 en relación con la reglamentación de las leyes.

[50] Padilla, M., op. cit., pág. 107.

[51] Ver Bidart Campos, G., *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, ya citado, pág. 228; Linares, J., op. cit., pág. 52; Padilla, M., op. cit., cap. 1 y pág. 107; Sagüés, N., op. cit., pág. 140, quien considera que el Derecho Natural se encuentra incorporado a la constitución argentina través del artículo 33.

está expresado también en el preámbulo de la Constitución)»[52]. No obstante, al tomarse como parámetro a una moral positiva, deberíamos en primer término resolver quién sería competente para interpretar la moral media de una sociedad, previa aceptación de que el intérprete, por ejemplo el juez, es capaz de conocer las preferencias de su comunidad frente a cada caso concreto a resolver.

Como vemos, este concepto de razonabilidad, tal como se lo utiliza en la mayoría de los casos, constituye un nuevo salto de lo descriptivo a lo prescriptivo. Creemos que tal vez la solución esté en retrotraer la expresión de usos metafísicos y concepciones esencialistas como las arriba analizadas hacia los textos constitucionales que, en la actualidad especialmente a través de las declaraciones de derechos y tratados internacionales brindan sobrados parámetros para establecer si el contenido de una norma es constitucional o no.

b) Poder de policía

Para la dogmática constitucional, (y también según la jurisprudencia de la Corte Suprema argentina) existen dos conceptos del instituto bajo análisis: uno restringido y uno amplio.

El primero, de origen europeo, sostiene que es la porción del poder estatal que limita los derechos individuales con el único objetivo de tutelar la salubridad, moralidad y seguridad de la población.

La acepción amplia, construida por la doctrina judicial estadounidense, admite que los derechos se reglamenten en función de cualquier objetivo que se dirija al bienestar general de la población o al bien común. Quedarían entonces sujetas al poder de policía cuestiones no sólo vinculadas con los objetivos antedichos, sino también las emparentadas con aspectos económicos y de bienestar general.

Las diferentes concepciones o «clases» de poder de policía solo parecen obedecer a una cuestión de gradación en la facultad reglamentaria del estado. Para algunos, dicha expresión sólo refiere a ciertos aspectos -salubridad, moralidad y seguridad- de la mencionada facultad. Para otros, designa la facultad genérica del estado de reglamentar los derechos en aras del bien común o interés general.

Creemos detectar en el uso de esta expresión resabios de una concepción esencialista del lenguaje, en tanto se pretende demostrar un «verdadero significado» del término «poder de policía». Pero asimismo, y eso se hace tal vez más explícito en algunos fallos jurisprudenciales, existe también una cierta definición persuasiva del término, ya que se manipula su significación

[52] Quiroga Lavié, H., op. cit., pág. 464.

para la justificación, sea de una restricción de los poderes reglamentarios del estado a los cometidos expresados, o bien para una ampliación de los mismos.[53]

La discusión en torno a los alcances de la expresión «poder de policía» va más allá de una simple cuestión terminológica. Se discute en definitiva en torno a la extensión del poder de los órganos políticos para limitar los derechos individuales, y los juicios en favor de una u otra posición son presentados en muchos casos bajo el ropaje de objetivas elucidaciones conceptuales. Coincidimos con Carlos Nino[54] en que expresiones como «poder de policía» ocultan la posibilidad de determinar las razones que justifican la limitación de un derecho y entorpecen la discusión racional tan necesaria en la práctica constitucional.

c) Derechos humanos

Sin duda, uno de los temas en el que más tinta ha corrido en el área del derecho constitucional en los últimos tiempos es respecto de la problemática de los derechos humanos. Una de las polémicas más interesantes en este sentido se vincula con qué debe entenderse por la expresión «derechos humanos», lo que a su vez guarda estrecha relación con el problema de su fundamentación.

Algunos buscan el fundamento de los derechos humanos en una instancia suprapositiva, como sería el derecho natural. Para el iusnaturalismo los derechos humanos preexisten al derecho positivo y la única función del derecho será reconocerlos.[55]

Las dificultades ya analizadas que conlleva la afirmación de la existencia de un derecho natural obviamente se proyectan a la noción de derechos humanos. De esta manera, si no es posible determinar cuáles son esos principios inmutables que conforman el estrato normativo supraempírico del derecho natural, cabe preguntarse sobre qué bases construye un iusnaturalista una noción como la de los «derechos humanos». En este camino muchos autores han intentado superar la concepción iusnaturalista dieciochesca de los derechos humanos.

---

[53] Así, Quiroga Lavié habla de poder de policía en sentido liberal y en sentido intervencionista. Ver op. cit., págs. 230 y 231.

[54] Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, Bs. As., 1992, pág. 493.

[55] Conf. Fernández Galiano, A., *Carta al profesor Javier Muguerza*, en Muguerza J., y otros *El fundamento de los derechos humanos*, Madrid, 1989, pág, 166. Gran parte de la dogmática constitucional argentina abreva en esta postura. Véase Bidart Campos, G., *Dogmática constitucional de los derechos humanos. (El derecho natural en el derecho constitucional de los derechos humanos)*, ya citado; Padilla, M., op. cit., págs. 27 y ss., entre otros.

En los últimos años algunos autores han propuesto concebirlos como derechos morales, tal el caso de Carlos Nino, para quien los derechos humanos derivan de un sistema de principios morales pertenecientes a una moral crítica o ideal que responden a los caracteres de universalidad, autonomía, finalidad, superveniencia, etc. Para Nino, los derechos humanos tienen las mismas características que para un iusnaturalista tradicional, sólo que en vez de sostener que son derechos jurídicos, afirma que son derechos morales.[56] Ello es así porque la «moral ideal o crítica» está conformada por principios de validez objetiva, circunstancia que la asimila finalmente al derecho natural.[57]

Por su lado el Profesor Pérez Luño, no obstante rechazar la idea de un derecho natural como un código absoluto e inmutable, caracteriza los derechos humanos como «*un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional*»[58]. Para el profesor español los derechos humanos se fundamentarían en tres valores: la dignidad, la libertad y la igualdad humanas. Estos valores importarían exigencias intrínsecas del ser humano constantes y permanentes que a lo largo de la historia se concretan y especifican a través de los distintos derechos humanos, exigencias que deberían ser reconocidas por el ordenamiento jurídico para que pasen a ser derechos humanos. Esta propuesta parece muy cercana a la idea de un derecho natural con contenido progresivo y creemos que es posible de las mismas críticas que esbozáramos más arriba.

Cabe entonces concluir que toda caracterización de corte iusnaturalista de los derechos humanos parece conducir a la comisión de la falacia de Hume.

Consideramos que otra sería la situación si la expresión «derechos humanos» fuera caracterizada desde el marco teórico del positivismo. Tradicionalmente se han atribuido al positivismo diferentes tesis en torno a la conceptualización que del derecho en general hace y consecuentemente de los derechos humanos en particular. Y hacemos hincapié en la palabra atribuir, dado que muchas de las afirmaciones que se presentan como de cuño positivista no han sido realmente sostenidas por los positivistas sino que le han sido adjudicadas por sus detractores.

---

[56] Conf. Nino, C.. *Ética y Derechos Humanos*, Bs. As., 1989 e *Introducción al análisis del derecho*, ya citado, pág. 196.

[57] Conf. Bulygin E., «Sobre el status ontológico de los derechos humanos», en *Análisis lógico y derecho*, ya citado, pág. 622.

[58] Pérez Luño, E., *Sobre los valores fundamentadores de los derechos humanos*, en Muguerza, J. y otros, *El fundamento de los derechos humanos*, ya citado, pág. 279. Ver también «Concepto y concepción de los derechos humanos (acotaciones a la ponencia de Francisco Laporta)» en *Doxa 4*, Alicante, 1987.

Sobre todo en materia de derechos humanos, es harto común que se identifique al positivismo a través de diversas tesis que ninguno de los más renombrados positivistas, como Kelsen, Hart o Ross, han sostenido jamás.[59] Es común reducir al positivismo a lo que Norberto Bobbio denominara «positivismo ideológico» y Alf Ross «seudopositivismo», como afirmación de que cualquiera sea el contenido de las normas del derecho positivo, por el sólo hecho de ser positivo y contar con el monopolio de la fuerza estatal, debe ser obedecido por los súbditos y aplicado por los jueces, haciendo caso omiso de sus propias valoraciones.[60]

Como vemos éste sería el perfil del positivismo del que habla Peces-Barba, expresión de «cinismo pragmático de los adoradores del poder, y de la justificación del poder por el poder, para los cuales el derecho es sólo un instrumento técnico al servicio de aquél, una justificación de sus decisiones de voluntad»[61]. En definitiva, se trata de un enemigo hecho a medida.

Si en cambio caracterizamos al positivismo como aquella postura que sostiene conjuntamente las siguientes dos tesis:

- el derecho debe ser definido en términos puramente formales dejando de lado toda propiedad valorativa;
- no existe un derecho natural, es decir, se niega la existencia de un sistema de normas morales objetivamente válidas y cognoscibles por el hombre.[62]

resulta en materia de fundamentación de los derechos humanos que si no existen principios o normas morales absolutas, tampoco podremos hablar de lo que en términos de Nino serían derechos morales y derechos humanos con rasgos de universalidad, generalidad, etc. Esto sin embargo no nos lleva a negar la existencia de derechos morales o derechos humanos. Sólo negamos su pretensión de validez absoluta. Los derechos humanos serían exigencias que se formulan a un ordenamiento jurídico desde un determinado sistema moral: «los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión»[63].

5. Conclusión

No caben dudas del importante rol que ha ejercido y ejerce la doctrina en la práctica constitucional, no sólo por haberse constituido en referencia

---

[59] Conf. Bulygin, E., *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, ya citado, pág. 621.

[60] Conf. Nino, C., *Introducción al análisis del derecho*, ya citado, pág. 33. Ver Bobbio, N., *El problema del positivismo jurídico*, México, 1993; Ross, A., *El concepto de validez y otros ensayos*, México 1993.

[61] Peces-Barba, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Madrid, 1988, pág. 219.

[62] Conf. Bulygin, E., *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, ya citado, pág. 623.

[63] Bulygin, E., *Sobre el status ontológico de los derechos humanos*, ya citado, pág. 624.

obligada de todo operador del derecho -jueces, legisladores, abogados, funcionarios-, sino también por el papel que desempeña en la formación jurídica de los ciudadanos.

Como todo científico, el jurista tiene derecho a elegir dentro de qué marco filosófico-teórico y con qué herramientas acometerá el estudio de su objeto. En este sentido hemos querido señalar algunos de los problemas que trae aparejada la asunción de una base filosófica de corte iusnaturalista y de un paradigma como el instaurado a partir del siglo XIX en la ciencia jurídica del sistema continental. Así, hemos visto que tanto con relación a la tarea interpretativa como respecto de ciertos términos teóricos específicos de la disciplina, el marco escogido ha llevado en reiteradas ocasiones a la comisión de la falacia de Hume.

Coincidimos con Carlos Nino en que no es objetable que la dogmática más allá de su tarea descriptiva efectúe valoraciones, lo censurable es que lo haga en forma encubierta.[64] Y es entonces cuando vislumbramos que los peligros de caer en la falacia no se agotan en lo meramente epistemológico. El aumento de la discrecionalidad y el autoritarismo, con la correlativa disminución de la seguridad jurídica son sólo algunas de sus proyecciones, sobre todo si lo que se está interpretando es una constitución, pilar fundamental de la tutela los derechos humanos y del Estado de Derecho. Es por ello que se plantea como una necesidad vital de las democracias modernas una ciencia jurídica que, dejando de lado todo recurso retórico o eufemístico, contribuya mediante una argumentación racional a la democratización de la práctica constitucional.

[64] Nino, C., *Fundamentos de derecho constitucional*, ya citado, pág. 103.

DOXA 21-I (1998)

LEGITIMACIÓN Y CONSENSO EN LA IUSFILOSOFÍA ARGENTINA

Introducción

En 1956, Carlos Cossio[1], director del Instituto de filosofía del derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, fue destituido por Ambrosio L. Gioja, en otros tiempos uno de sus más destacados discípulos. Este acontecimiento señalaba la contrapartida institucional de un cambio político de gran trascendencia para nuestro país: el golpe de Estado de la «Revolución Libertadora» que terminó con el régimen peronista.

De este modo, comenzaba la lenta desaparición de la teoría egológica del derecho[2] que Cossio había comenzado a desarrollar a partir de 1941 y que había alcanzado su apogeo durante el peronismo, transformándose en la forma predominante de la iusfilosofía argentina[3].

A. Gioja, luego de haber expulsado a Cossio de la Universidad, dio un nuevo impulso al Instituto ocupándose de enseñar la obra de Hans Kelsen. Esta decisión provoca una notable disminución de la influencia de la egología. A. Gioja, de marcados sentimientos antiperonistas, desterraba definitivamente una teoría que mantenía importantes coincidencias con el peronismo.

---

[1] Carlos Cossio ha sido el iusfilósofo de mayor influencia en la Argentina. Autor de numerosos libros, entre los que se destacan, *El concepto puro de la revolución*, Barcelona, Bosch, 1936; La plenitud del ordenamiento jurídico, Buenos Aires, Losada, 1936; *La valoración jurídica y la ciencia del derecho*, Buenos Aires, Losada, 1944. Su figura intelectual fue de excepcional importancia para el desarrollo de la moderna escuela argentina de filosofía del derecho.

[2] Egología es el nombre de esta teoría jurídica. En términos generales, esta concepción sostiene que la norma de una conducta humana es un concepto que a través del proceso jurídico termina por integrar esa conducta. Por lo tanto, la conducta humana es el verdadero objeto del conocimiento jurídico. Vid. COSSIO, Carlos, *La teoría egológica*. Buenos Aires, Losada, 1944.

[3] Su influencia no se restringió a la Argentina sino que se extendió al campo cultural latinoamericano. Aún en nuestros días, en Brasil la iusfilosofía se muestra receptiva de la egología. Posiblemente por influencia de Antonio Machado Neto, representante de la egología en ese país. Vid. ATIENZA, Manuel, *La filosofía del derecho argentina actual*. Buenos Aires, De Palma, 1984, pág. 33.

Gioja se interesaba por la fenomenología de E. Husserl y la teoría pura kelseniana pero también contribuyó al desarrollo de los primeros estudios de filosofía analítica en el país. Hacia 1960, propiciada por C. Alchourrón, E. Rabossi, Genaro Carrió y Roberto Vernengo comenzaban a tener cada vez mayor relieve los estudios de la iusfilosofía analítica.

La preocupación de Gioja por desterrar la egología de los estudios iusfilosóficos daba cuenta de la fuerte relación existente entre filosofía del derecho y Estado de derecho. En este sentido, nuestro trabajo pretende estudiar esa relación usando como terreno de ilustración la propia obra de A. Gioja. Autor que intentó construir una iusfilosofía con derivaciones políticas democráticas.

Axiología jurídica

Una de las principales dificultades concernientes al estudio de la obra de A. Gioja[4] está referida a la importancia que el magisterio oral adquirió en su trabajo teórico[5]. La notable influencia del legado de Gioja se debe, sin lugar a dudas, a este formidable magisterio. Su obra apenas condensa su pensamiento resumido en casi una treintena de artículos, algunas conferencias y notas personales. Sin lugar a dudas, otro problema no menos grave resulta de la discontinuidad y asistematicidad con que trata ciertos temas de la filosofía del derecho.

Sin embargo, un análisis que intente superar estos obstáculos, sistematizando la estructura general de su obra, seguramente revelaría que la misma encierra como uno de sus potenciales más ricos la intención de construir una ontología jurídica que logre explicar axiológicamente la naturaleza de su objeto.

Su proyección teórica se inclina por el análisis de la problemática jurídica, entendiendo por ésta, la normatividad social del comportamiento humano. El estudio se desarrolla mediante la constitución de estructuras teóricas que permitan la objetivación de las conductas humanas, y a su vez, la construcción de una axiología que pueda dar cuenta del comportamiento de ese objeto y de las estructuras objetivantes que realizan su descripción.

Un proyecto teórico de este perfil filosófico implica desarrollar una teoría de valores que acompañe la discusión de las cuestiones ontológicas.

---

[4] Ambrosio L. Gioja (1912-1971) puede ser considerado, junto a C. Cossio y Sebastián Soler, uno de los principales fundadores de la moderna escuela argentina de filosofía del derecho. Supensamiento reconoció como influencia determinante las obras de I. Kant, E. Husserl y H. Kelsen.

[5] Sobre el punto, dicho magisterio ha sido quizás más importante y fecundo que su obra escrita.

En este sentido, un desarrollo filosófico de este alcance reclama una metodología que tome a la propia experiencia como punto de partida privilegiado a la hora de describir los actos de conciencia, sus contenidos objetivos al momento de la valoración frente a determinadas conductas.

Esta concepción ontológica del derecho y la elección metodológica que la acompaña puede percibirse ya en los primeros textos de Gioja. Desde su primer trabajo de importancia se revela este proyecto filosófico[6] de largo aliento.

La aspiración central de sus escritos más destacados se resuelve en la construcción de una filosofía jurídica que desarrolle una adecuada teoría de aquellos valores que operan en el terreno de las prácticas jurídicas[7].

De hecho, para este autor, es correcto definir la normatividad a partir del establecimiento de juicios que fijan la relación especial que se evidencia entre una conducta humana y un valor. Precisamente, la evidencia es el acto de conciencia fundante del valor y el resultado de la intuición que reconoce y aprehende el valor que le es dado al individuo. Dicha evidencia es el criterio de verificación valorativa[8]. En caso de conflicto de valores, una intuición valorativa intrínseca, un acto de preferencia[9], revela la preeminencia de un valor sobre otro a través de la escala jerárquica de valores que rige en una determinada sociedad en un tiempo histórico determinado[10]. La

---

[6] Proyecto en el que puede percibirse la influencia de Cossio, por ejemplo, Vid. GIOJA, Ambrosio L., «La arquitectónica del conocimiento jurídico» (Monografía de adscripción a la cátedra de filosofía del derecho en la Universidad Nacional de La Plata- 1944) en *Ideas para una filosofía del derecho*. Buenos Aires, Sucesión de Ambrosio L. Gioja, compilación y prólogo de Ricardo Entelman, Buenos Aires, 1973, pp. 48-63, (en adelante *Ideas*...).

[7] Algunos autores consideran que el ejercicio de la facultad de valorar resulta inescindible del trato con objetos o seres humanos. Esta opinión no excluye al conocimiento de la valoración: «... la *theoria*, en medida no menor que la *praxis*, involucra siempre alguna *aestimatio*»; Cfr. MALIANDI, Ricardo; «Los tres niveles de la valoración moral» en *Cultura y conflicto*. Buenos Aires, Biblos, 1984, pág. 67.

[8] Cfr. GIOJA, Ambrosio L., «La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración» en *Ideas*...; op. cit., tomo II, pp. 57-62. Conferencia pronunciada en el ciclo de Integración universitaria en el departamento de Graduados de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA (1962) sobre el tema Ética y vida humana - El problema de la conducta.

[9] En lo referente al *acto de preferencia*, Gioja sigue la posición que sobre esta categoría establece F. Brentano. Vid. BRENTANO, Franz; *Von Ursprung sittlicher Erkenntnis*. Hamburg, Felix Meiner, 1955. Para aquellos pensadores que desarrollaron la denominada «ética material de los valores» la noción de preferencia es central. Esta noción conforma el criterio para reconocer lo moralmente bueno como la coincidencia entre el valor intentado y el valor preferido. Vid. HARTMANN, Nicolai; *Der Aufbau der realen Welt*. Berlin, Gruyter, 1940.

[10] A diferencia de Max Scheler, Gioja desarrolla una posición subjetivista respecto de los valores y relativista en lo concerniente a su validez temporal y espacial. Vid. SCHELER, Max; *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*. 5e. aufl., Bern, Francke Verlag, 1966.

norma se reduce en última instancia a la tarea de determinar la expresión de los distintos valores de una sociedad.

El análisis del derecho, entonces, debe comenzar por la expresión del derecho en la vida cotidiana de una comunidad y sus órganos, es decir, por aquellas valoraciones de conducta realizadas sobre actos coercitivos que fueron aceptadas por ese grupo humano. Esta instancia, previa a todo enfoque científico, registra los valores que serán neutralizados y objetivados mediante una abstracción ideatoria, que los transforma en objetos de una ciencia jurídica. Esta operación[11] definida a partir de la norma fundante construye epistemológicamente su objeto definiendo el estatuto y el carácter de la ciencia jurídica en cuestión. Esta Grundnorm permite operar el pasaje en virtud de constituirse en presupuesto gnoseológico de dicha ciencia[12].

El objeto de la ciencia del derecho, aunque parte del derecho tal como se manifiesta en la vida cotidiana, se diferencia claramente de él: derecho precientífico y derecho científico[13] nunca llegan a confundirse. Dentro de este último se encuentran la ciencia política, la dogmática jurídica, la sociología y la psicología jurídicas.

La categoría de derecho precientífico resulta ser una de las categorías fundamentales de esta metodología propuesta para una ciencia jurídica, y puede ser considerada de gran relevancia respecto de los debates más actuales de la iusfilosofía.

Esta noción conforma la plataforma teórica de una ciencia del derecho que se distingue por obtener su objeto del mundo de la experiencia cotidiana. Esta ciencia opera a través de la abstracción o idealización de las formas que reviste su objeto en la práctica social, formas que, según ya vimos, están constituidas por aquellas valoraciones sobre actos coercitivos que rigen la vida cotidiana de una comunidad.

Como es posible observar, el modelo de ciencia social propuesto por Gioja adquiere un carácter netamente comprensivo. El derecho precientífico debe constituirse a partir de valoraciones aprehendidas a través de la comprensión de expresiones significativas[14]. Éstas permiten fijar la significación jurídica que se les atribuye a determinadas conductas en una sociedad. Esta metodología abre el camino para el desarrollo de una reconstrucción de la perspectiva interna de los actores en una sociedad y para una técnica que permita interpretar la significación, es decir, una hermenéutica.

---

[11] Pasaje del derecho precientífico a derecho científico, es decir, la constitución de la cientificidad.

[12] Para el estudio de la norma fundante básica como presupuesto lógico-trascendental, vid. KELSEN, Hans, *Reine Rechts1ehre*. Wien, Deuticke Verlag, 1967.

[13] Gioja desarrolla por primera vez esta distinción en el año 1957.

[14] Expresiones que son establecidas por legisladores y jueces.

A su vez, la significación antes mencionada expresa una valoración directa de una comunidad respecto de una norma positiva. Esta perspectiva introduce un problema que tiene múltiples derivaciones en la obra de Gioja: la legitimación.

Sobre este punto, nuestro autor coincide con Max Weber en que una norma jurídica que carezca del consenso valorativo de la sociedad, con seguridad, no logrará generar obediencia en la población, en última instancia, ni siquiera en los jueces.

De este modo, se destaca que el planteamiento ontológico de los problemas jurídicos exhibido en su obra difiere de las teorías iusfilosóficas diseñadas en las matrices del positivismo lógico o del *linguistic analysis*[15] que llevaron adelante la mayor parte de sus discípulos y colaboradores[16] en el *Instituto de Filosofía del Derecho*[17] que había comenzado a funcionar con C. Cossio.

Axiología democrática

A. Gioja analiza el problema de la democracia del mismo modo que otros problemas de la filosofía del derecho, de la ética y de la política, es decir, desde una perspectiva axiológica.

El tratamiento del concepto de democracia no escapa a esta regla general de su concepción iusfilosófica. En consecuencia, democracia, para nuestro autor, es una cuestión de valores, un problema valorativo.

Gioja desarrolla este tema en un texto titulado *Algunas reflexiones sobre la democracia, su significado y su posible defensa*[18], en el que sostiene que la democracia es el «fundamento axiológico sobre el cual aquellos otros ideales precisan apoyarse para poder ser tenidos ellos mismos como tales ideales»[19]. Desde luego, una vez propuesto el sistema democrático en tanto

---

[15] A pesar de una primera impresión, cabe aclarar que Gioja experimenta a lo largo de su carrera académica una profunda evolución teórica que lo acercará a posiciones de este tipo. Por influencia de sus discípulos y colaboradores comienza a interesarse por la filosofía analítica. De hecho, escribe uno de los primeros trabajos de iusfilosofía analítica en Argentina: *El postulado jurídico de la prohibición*. Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1954. La trayectoria de Gioja comienza con la obra de C. Cossio, de quien era discípulo destacado.

[16] Entre ellos, puede contarse a Carlos Alchourrón, Jorge Bacqué, Genaro Carrió, Martín Farrell, Ricardo Guibourg, Antonio Martino, Eduardo Rabossi, Roberto Vernengo, etc.

[17] Dicho instituto constituyó uno de los primeros centros de estudios e investigaciones jurídicas y sociales en Argentina.

[18] Cfr. GIOJA, Ambrosio L., *Ideas*...; op. cit., tomo II, pp. 248 - 254. Este texto aparece en la compilación, sin ninguna aclaración de fecha de realización, ni carácter (artículo, conferencia, clase, etc.). Presumiblemente sea un texto tomado de una clase dictada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires. En él, Gioja estudia el problema de la democracia en relación al federalismo.

[19] Cfr. GIOJA, Ambrosio L., «Algunas reflexiones sobre la democracia, su significado y su posible defensa» en *Ideas*...; op. cit., tomo II, pág. 249.

ideal real, todo aquello que apunte a su realización más perfecta deviene también en un ideal real, en consecuencia, libertades sociales, federalismo y solidaridad social son propuestas como tales.

Sin embargo, el contenido objetivo de la democracia, para nuestro autor, está determinado por la noción de libertad. La democracia como orden social no es más que la transformación del sentimiento humano de autodeterminación. Esta transformación tiene la forma de una restricción. El hombre en sociedad no puede determinarse siempre de acuerdo a su propio querer, debe sujetarse a normas sociales. Por lo tanto, una primera acepción de libertad es la de regular con normas jurídicas el hacer humano, prohibiendo a otros ciertas conductas[20]. Este concepto de libertad positiva[21] acerca dicha categoría a la noción de justicia. En efecto, según este planteo, libertad y justicia remiten siempre al mismo problema: la valoración.

En el caso de la libertad y la justicia, ambas resultan de un proceso valorativo que tiene su objetividad apoyada en el hábito valorativo del grupo social del que emana la normativa. En otras palabras, Gioja rechaza nuevamente las posiciones objetivistas a la hora de pensar la libertad y la justicia. De acuerdo a su posición, los valores siempre tienen un carácter «para mí», es decir, solamente válidos para mi «querer». Sin embargo, no se descarta la posibilidad de asignar fundamento objetivo a la valoración. En este sentido, dicho fundamento no puede radicar nunca en la objetividad de la conciencia[22], o en algún sujeto individual o trascendental. Por lo contrario, se afirma que «... la objetividad de los valores y de la preferencia parecieran tener su fundamento en la intersubjetividad...»[23]. Más adelante refuerza esta idea al sostener que «... la existencia de un derecho positivo implica la existencia

---

[20] Gioja desarrolla esta idea en una conferencia pronunciada en septiembre de 1956 titulada *Libertad y justicia*. Cfr. GIOJA, Ambrosio L., *Ideas*...; op. cit., tomo II, pág. 226.

[21] Para el análisis de las nociones de libertad positiva y negativa, vid. BERLIN, Isaiah; «Two Concepts of Liberty» en del mismo autor, *Four Essays on Liberty*. Oxford, Clarendon Press, 1969, pp. 118-172.

[22] Sobre el problema del fundamento objetivo de la valoración y su relación con la objetividad de la conciencia, Gioja muestra un cambio profundo respecto de sus primeros trabajos. En ellos, consideraba al contenido objetivo de conciencia como centro de despliegue teórico de toda problematización de la experiencia a fin de desentrañar sus principios fundantes. En este aspecto, su tesis doctoral, titulada «Kant y el derecho. Algunas ideas sobre Kant y la fundamentación metafísica del derecho» (en *Ideas*...; op. cit., Tomo I, sección 1, pp. 23-45) sintetiza la particular recepción que realiza de la obra kantiana en sus estudios juveniles, sirviendo a la vez para señalar el grado de evolución posterior de su trabajo. Sobre el problema de la conciencia en los primeros escritos de Gioja, Vid. FONDEVILA, Gustavo; «El kantismo jurídico en los escritos juveniles de A. Gioja», ponencia presentada en el VIII Congreso Nacional de Filosofía y IV Congreso de la Asociación Filosófica de la República Argentina, Mar del Plata, diciembre de 1995.

[23] Cfr. GIOJA, A., «La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración», en *Ideas*..., op. cit., tomo 2, sección II, pág. 72.

de una valoración objetiva directa del pueblo en favor de la norma positiva cuando se enfrenta con otro tipo de valoración...»[24].

En este desarrollo, a la subjetividad perceptiva del valor se contrapone la objetividad lograda mediante la intersubjetividad de esa percepción[25]. Esta intersubjetividad no solamente es el reaseguro teórico de la objetividad de los valores sociales[26] sino también la única solución mediadora posible en el surgimiento de conflictos de valores que los actos de preferencia no logren resolver (por ejemplo, en el enfrentamiento de grupos sociales con registros valorativos diferentes y contrapuestos). Los valores de un segmento social pueden significar la negación de los valores de otro grupo, o bien la negación del grupo mismo que encama esos valores.

La intersubjetividad se construye, en el esquema teórico de Gioja, a través de la discusión entre los distintos actores sociales en juego[27]. Ésta sirve para dirimir los enfrentamientos a través de una transacción valorativa[28] entre los grupos en pugna que alcanzan de este modo un determinado consenso sobre el asunto en cuestión. Esta transacción social mediada por un acto de habla tiene una impronta institucional decisiva a la hora de obligar a cada una de las partes en relación con la otra. Por otra parte, resulta imposible alcanzar ningún consenso sobre la base del desconocimiento o exclusión de uno de los términos del conflicto en favor de otro.

De cara a la conflictividad, nuestro autor apela desde la filosofía práctica al carácter pragmático de la comunicación para establecer un principio de carácter prescriptivo. Este principio tiene por delante una labor de fundamentación que sólo puede realizar no a partir de su contenido sino por estar

---

[24] Cfr. GIOJA, A., «La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración», en *Ideas*..., op. cit., tomo 2, sección II, pág. 72.

[25] Para analizar el problema de discusión como mediación de la intersubjetividad, vid. HABERMAS, Jürgen, *Theorie des kommunikativen Handelns*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1981, I, II.

[26] De este modo, la posición de Gioja no cae en el relativismo axiológico absoluto. Su posición subjetivista no significa que los valores no posean ninguna posibilidad de objetividad. Por el contrario, a la irracionalidad del relativismo absoluto, Gioja le opone la objetividad racional obtenida en una sociedad mediante la discusión. Dicha objetividad tendrá validez relativa (históricamente, por ejemplo).

[27] M. Mols señala que la formación de consenso a través del diálogo tiene una gran capacidad de integración respecto a las capas y grupos sociales. Este consenso provoca menor polarización social que las alternativas «corporativo-tecnocráticas» que desarrollan como punto de partida percepciones de amenaza. Cfr. MOLS, Manfred; «La Argentina: el difícil camino hacia la normalidad democrática» en *La nueva democracia argentina*. Buenos Aires, Sudamericana, 1988, cap. 1, pág. 11.

[28] Esta categoría señala el proceso por el cual a través de la discusión, un grupo decide abandonar la consecución de un determinado ideal, o antepone un ideal ajeno a uno propio, o pospone la realización de un valor, o le impone un valor propio a un grupo para el cual dicho valor era ajeno.

necesariamente presupuesto en el ámbito pragmático que concierne a toda argumentación. La dimensión trascendental del lenguaje permite a Gioja eludir toda interpretación metafísica[29] que sometería a dicho principio al rigor del *Trilema de Münchhausen*[30].

Este principio sirve de metanorma para fundamentar el resto de las normas aplicadas a circunstancias específicas de conflicto. Es una prescripción que establece la normativa de procedimientos[31] a poner en juego en la resolución de enfrentamientos. El principio determina que esta normativa debe ser consensuada a través de la discusión entre los distintos grupos sociales en pugna que sean comprendidos por los alcances de la misma. Esta disposición alcanza el nivel de fundamento al encontrarse *siempre* incluida y presupuesta en toda situación argumentativa[32].

Con este desarrollo, Gioja rompe definitivamente los límites de la ética material de los valores de la que parte en su análisis.

Según algunos autores, esta filosofía práctica expresa una ética discursiva que «porte de relieve la *irrebasabilidad* (*Nichthintergehbarkeit*) de su principio fundamental...»[33] sin lograr destacar la *Nichthintergehbarkeit* de lo conflictivo.

Según la concepción de Gioja, la propia racionalidad del sistema democrático radica en la racionalización de los procesos conflictivos a través de la discusión sobre la preeminencia de determinados valores considerados muy valiosos para uno de los contendientes y menos valiosos para la consideración del otro. Sobre este punto, Gioja afirma que «... el fundamento racional último de la autonomía de la voluntad en el derecho privado y de la democracia representativa de partidos políticos, en el derecho constitucional,

---

[29] Del mismo modo, la interpretación pragmática del principio en cuestión le permite abandonar una lectura semántica.

[30] Este *Trilema* fue formulado por Hans Albert y establece que toda respuesta prescriptiva a la clásica pregunta ética ¿por qué debo? debe tolerar que se pregunte infinitamente por qué, o bien puede responder con algún «deber» sin una fundamentación adecuada, o también solucionar imperativamente el problema situando la fundamentación en sí misma. Cualquiera de estas posibilidades carece de una fundamentación racional de la solución a este viejo problema. Este desarrollo constituye una de las principales críticas que Albert dirige a la obra de K.O.Apel. Cfr. ALBERT, Hans, *Traktat über kritische Vernunft*. Tübingen, Mohr, 1980, pp. 11 ss., 24 ss., 129 ss., 173 ss.

[31] El desarrollo del carácter procedimental de este principio ha sido estudiado por Maliandi. Vid. MALIANDI, Ricardo, «Convergencia ética» en *Cuadernos de ética*, nº 14, Buenos Aires, diciembre de 1992, pp. 77 ss.

[32] Resulta imposible negarla, ni fundamentarla en el sentido tradicional.

[33] Cfr. MALIANDI, Ricardo, «Convergencia ética» en *Cuadernos de ética*, op. cit., pág. 78. Según este autor, la complementariedad de la razón debe situarse en la contraposición de la dimensión fundamentadora de la razón que descubre los principios, y la dimensión crítica que descubre sus interrelaciones conflictivas.

se encuentra precisamente en la necesidad de discusión y transacción cuando se quieren conseguir ciertos valores»[34]. Es interesante advertir que esta afirmación propone situar en el potencial argumentativo de los sujetos el ámbito donde puede rastrearse la fundamentación racional de la autonomía de la voluntad y de los derechos de participación política. El carácter de esta propuesta coloca a Gioja en un terreno teórico que ciertas corrientes de la ética y la filosofía jurídica y política van a transformar en el centro de la discusión filosófica bastantes años más tarde[35].

La función de la discusión es aclarar «... la trama de valores como medios y valores como fin»[36] de los grupos en pugna. Entonces, la transacción permite «... la elevación de los intereses a normas preferenciales de valores objetivos»[37].

A partir del reconocimiento de las estructuras conflictivas de la sociedad, Gioja establece la exigencia de consenso a través de la discusión y transacción. Sobre este punto, es posible observar en la actualidad que frente a una necesidad cada vez mayor de formación de consenso en las interacciones sociales conflictivas se han acentuado proporcionalmente las dificultades para alcanzar dicho consenso. Según algunos autores[38], esta *paradoja del consenso* constituye una de las características principales de las sociedades modernas.

Este consenso se representa en las instituciones políticas del sistema democrático, por ejemplo, los partidos políticos[39], el parlamento, etc. El sistema democrático no significa la eliminación de los conflictos sociales pero sí la posibilidad de su justa solución. El parlamentarismo, donde rige el

---

[34] Cfr. GIOJA, A., «La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración», en *Ideas*..., op. cit., tomo 2, sección II, pág. 73.

[35] Aquí se hace referencia al desarrollo contemporáneo de las éticas discursivas. Vid. APEL, Karl-Otto, *Diskurs und Verantwortung*. Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1988. Vid. HABERMAS; Jürgen, *Moralbewusstsein und kommunikatives Handeln*. Frankfurt, Subrkamp Verlag, 1983.

[36] Cfr. GIOJA, A., «La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración», en *Ideas*..., op. cit., tomo 2, sección II, pág. 73.

[37] Cfr. GIOJA, A., «La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración», en *Ideas*..., op. cit., tomo 2, sección II, pág. 74.

[38] Vid. GIEGEL, Hans-Joachim (Compil.), *Kommunikation und Konsens in modernen Gessellschaften*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1992. En la primera parte de este libro, el artículo de Giegel establece tres formas de consenso: a) *consenso de fondo* (experiencias compartidas por todos), b) *consenso de resultado* (consenso sobre los resultados pero no sobre las fundamentaciones), y c) *consenso de argumentación* (acuerdo sobre los resultados y sobre la fundamentación).

[39] Para Gioja, los partidos políticos cumplen un papel esencial, integrando de manera uniforme los intereses del grupo social que representan.

principio de la voluntad de la mayoría, es una clara muestra de construcción de objetividad[40].

Dicha objetividad basada en la discusión y transacción de valores deviene en el fundamento de la valoración normativa y en última instancia de la libertad y de la justicia. Valoraciones que Gioja ha identificado anteriormente con la democracia. Al igual que los pensadores de la modernidad iluminista[41], este autor cree que la razón se realiza en las instituciones del sistema democrático.

De allí, su severa advertencia respecto de aquellos factores que pueden interferir negativamente en la formación de intersubjetividad y, por ende, impedir la realización de la libertad. En este punto, según nuestra opinión, el desarrollo sufre una seria descompensación teórica. Dado que su método descarta la neutralidad valorativa, Gioja se ve implicado en los valores de su objeto de estudio. En este caso, se considera disvaliosa la propaganda y la autoridad política para la conformación de intersubjetividad[42].

Esta descompensación resulta natural en un planteo que funda la «objetividad» de los valores en la intersubjetividad, pero a la vez, sustenta sus propios valores. La aparición de la subjetividad parece inevitable, dado que la intersubjetividad está compuesta de subjetividades, entre ellas las del observador. Una solución radica en la identificación de los propios valores con los que la sociedad aprobaría «si se encontrara libre de distorsiones»[43]. En realidad, esto genera una serie de problemas más complejos aún: la identificación de las distorsiones[44], ¿cómo distinguir en este caso,

---

[40] El principio de la voluntad de la mayoría es, para nuestro autor, lo más cercano a la objetividad. Kelsen considera que este principio es muy adecuado para eludir el predominio de una clase. A su vez, señala que el principio de la mayoría cualificada conforma una importante realización de la libertad, dado que puede significar una decisiva tendencia a la unanimidad. Ante todo, dicho principio constituye sociológicamente una fuerza de integración social. Respecto de este concepto, vid. KELSEN, Hans, *Wesen una Wert der Demokratie*. Tübingen, J.C.B. Mohr, 1929, VI.

[41] Por ejemplo, I. Kant. Vid. KANT, Inmanuel, «Idee zu einer aligemeinen Geschichte in weltbürgerlicher Absicht» en *Kain Werke*; Wiesbaden, Insel Verlag, 1960, Band XI-XII. 33-53. Hegel, por ejemplo, sitúa la realización de la razón en el Estado. Vid. HEGEL, George W. F., «Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundisse» en *Hegel Werke*. Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1970, Band VII.

[42] Vid. WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Tübingen, Winckelmann, 1951.

[43] En definitiva, ésta es la posición de autores como Habermas, quien cree que la ideología es una situación de hecho, una distorsión de la situación ideal de libre comunicación. Esta distorsión es el efecto de una coacción fáctica y de una legitimación que fundamenta esta situación. Vid. HABERMAS, J. y LUHMANN, N., *Theorie der Gesellschaft oder Sozialiechnologie?* Frankfurt am Main, Suhrkamp Verlag, 1971, pág. 119 ss.

[44] Esto puede remontarse al viejo problema de la ideología entendida como alteración de la realidad. R. Entelman sostiene en el prólogo a *Ideas*..., op. cit., tomo I, pp. 21-22, que las reflexiones de Gioja sobre la verdadera naturaleza del objeto jurídico sirven para desentrañar

propaganda de información, liderazgo de libre iniciativa y libre aceptación?[45]

Al respecto, Gioja señala que la propaganda[46] «sirve para nuclear artificiosamente una intersubjetividad y para crear autoridad»[47]. Entendida la autoridad como aquel hombre que se instituye en paradigma. Dicho hombre «puede constituir objetividades axiológicas, no sólo a través de sus valoraciones, sino también a través de sus conductas, aunque éstas no se funden en una valoración consciente»[48]. Gioja advierte que en esta naturaleza de autoridad axiológica radica la explicación de algunos mecanismos de control social[49]. No toda autoridad axiológica implica una amenaza para la libertad. Obviamente, la crítica está dirigida a un tipo especial de autoridad política: la jefatura[50]. El mandato de la jefatura no se realiza por medio de la persuasión racional sino a través del influjo emocional y la entrega afectiva. Si bien, reconoce que la propaganda puede servir como factor de respeto a la ley, observa que éste no es más que «la simple repetición de actos exteriores que generan acostumbramiento a los mandatos coincidentes con el contenido de aquella»[51]. La creencia (*Glauben*) de los individuos desplaza a las motivaciones racionales. La acción consensual (*Einverständnishandel*) se guía ahora exclusivamente por expectativas irracionales. Gioja, siguiendo a Weber[52], establece una relación lógica entre las razones de obediencia de los individuos a un sistema político y la validez objetiva de esas motivaciones como fundamentos de legitimidad de ese sistema.

---

el carácter ideológico de ese objeto y del discurso que lo describe. Para el problema de la ideología vid. GEIGER, Theodor, *Ideologie und Wahrheit. Eine soziologische Kritik des Denkens*. Stuttgart-Wien, Humboldt Verlag, 1953.

[45] Sobre este asunto, Gioja tenía dos antimodelos: el de Perón y el de Onganía.

[46] Este término se encuentra desactualizado por completo. Hoy se hablaría de medios de comunicación y formación de opinión.

[47] Cfr. GIOJA, A., «La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración», en *Ideas*..., op. cit., tomo 2, sección II, pág. 61.

[48] Cfr. GIOJA, A., «La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración», en *Ideas*..., op. cit., tomo 2, sección II, pág. 61.

[49] Gioja admite que la intersubjetividad y la autoridad conforman «la evidencia del valor, son los elementos constitutivos de su intuición». Cfr. GIOJA, A., «La evidencia como criterio y los tres tipos de valoración», en *Ideas*..., op. cit., tomo 2, sección II, pág. 61.

[50] En otros textos, se puede observar que está pensando en un movimiento particular de nuestra historia política: el peronismo. Cfr. GIOJA, A., «Algunas reflexiones sobre la democracia, su significado y su posible defensa», en *Ideas*..., op. cit. pág. 253. La Constitución de 1949 que expresaba un constitucionalismo puesto al servicio de la personalización del poder parece corroborar la opinión de Gioja. Cfr. BOTANA, Natalio, «Tradiciones e instituciones en la democracia argentina», en *La nueva democracia argentina*, op. cit., pág. 36.

[51] Cfr. GIOJA, A., «El respeto a la ley», en *Ideas*..., op. cit., tomo 2, sección II, pág. 237. Conferencia dictada en 1965.

[52] Vid. WEBER, Max, *Staatsoziologie*. Berlín, Winckelmann, 1966. También del mismo autor, vid. *Wirtschaft und Gessellschaft*. Tübingen, Winckelmann, 1972.

El estadista colabora haciendo surgir los valores del grupo social de pertenencia, al calificar axiológicamente situaciones políticas nuevas. En cambio, la jefatura refuerza el respeto a la ley a través de la autoridad y el mandato, pero dicho refuerzo motivador de la voluntad resulta viciado de irracionalidad. En otras palabras, el mecanismo impuesto aparece así como irracional. Gioja está pensando en un gran partido puesto al servicio de un líder carismático que se apodera del poder y lo ejerce en forma irrestricta, llegando a identificar los intereses del partido con los intereses personales del líder para identificar a su vez los intereses del partido con los del sistema político.

Esta concepción permite justificar que la democracia pueda generar mecanismos de defensa contra expresiones, actitudes y propagandas que contribuyan a formar valoraciones contrarias al sistema democrático. En otras palabras, el sistema democrático puede apelar a regulaciones no democráticas.

Con este desarrollo, el planteo de la primacía de la intersubjetividad, de clara vocación democrática[53], comienza a empañarse con elementos de la realidad política de nuestro país que Gioja se niega a desatender[54]. En apariencia, la discusión, transacción y búsqueda de consenso pueden interrumpirse llegados a un punto percibido como inaccesible a la racionalidad. La argumentación práctica situacional se ve desplazada por un acto de voluntad que sostiene una decisión última que escapa a la razón[55].

Puede darse el caso de que «un pueblo que acepta la democracia y que valora con gran peso la propiedad privada se enfrenta con problemas de propaganda, por ejemplo, en favor de la propiedad estatal[56]. En este caso no hay

---

[53] Esto ya fue señalado por Atienza. Cfr. ATIENZA, Manuel; op. cit., Cap. 2, pág. 86. «Como es fácil de ver, por debajo de esta concepción de los valores, late una ideología democrática que Gioja ha asumido alguna vez expresamente...».

[54] Ya al comienzo del texto *El respeto a la ley*, que citamos anteriormente, Gioja se queja de que los argentinos no puedan hablar de política sin recaer en la discusión de las ventajas y desventajas de un cambio de gobierno a través de un golpe de estado. A pesar de esto, en el ya mencionado *Algunas reflexiones sobre la democracia, su significado y su posible defensa*, Gioja prefiere el golpe de estado encamado por un estadista al irracionalismo de la jefatura política. Según nos refiere personalmente el Dr. Ricardo Guibourg, Gioja tenía otro modelo por referencia histórica: la revolución del '55. Nuestro autor, hombre de su época, era un «gorila democrático». En esos momentos de nuestra historia, era muy común en ciertos sectores políticos sostener el mito de la *libre* elección popular (Leonardi y Aramburu).

[55] En este aspecto, Gioja deja de lado la razón intersubjetiva para recalar en posiciones propias del decisionismo axiológico de Max Weber. En las ciencias sociales, por ejemplo, la prioridad de un determinado valor no se encuentra determinada por la razón sino por una decisión de la voluntad. Vid. WEBER, Max, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*. Tühingen, Winckelmann, 1951.

[56] Aquí, resulta obvio pensar que está refiriéndose al peronismo. Recordemos que Gioja mantenía un contacto fluido con el General Aramburu que alcanzó el poder de la mano de la célebre «Revolución libertadora». En este sentido, es importante resaltar que Cossio había sido

cuestión en contra de la democracia si se prohíbe esta propaganda»[57]. No satisfecho aún con esta precaución aclara más adelante que la desaparición de la propiedad privada «no sólo ataca el valor directo concreto, sino que puede pensarse como causante, como productora, de los procedimientos para eliminar la democracia»[58].

De este modo, no le resulta difícil llegar a la conclusión de que «impedir que otros hombres, con ideologías contrarias a las señaladas, concurran con su voluntad, sea para elegir representantes, sea para dictar normas en forma directa, o limitarles su poder de crítica, no contradice, de manera alguna, dicha idea democrática»[59]. Las ideologías señaladas en el parágrafo hacen referencia al principio de la mayoría y la libertad de crítica. Curiosamente, los soportes de la intersubjetividad, la discusión y la transacción, pueden ser eliminados *en defensa* de la democracia. Esta misma puede verse anulada en su beneficio.

No se encuentra en su obra un análisis profundo de las peligrosas consecuencias prácticas de estas conclusiones teóricas. La preocupación principal parece residir en otro problema: en la defensa a ultranza, aún mediante un golpe de Estado, de valoraciones propias de un determinado grupo social. Valoraciones que Gioja identifica sine qua non con los valores fundantes del sistema democrático. De este modo, se incurre en una forma de falacia naturalista muy común en las ciencias sociales: la identificación entre la esfera del ser y la del deber ser. La propiedad privada deja de ser un valor pasible de ser sometido a la discusión, es decir, a la crítica racional de valores que esta significa, para transformarse en una normativa[60]. Este pasaje

---

destituido por sus relaciones con el peronismo. Ya Soler acusaba a la egología de subjetivismo axiológico y, según él, de servir a intereses totalitarios. Vid. SOLER, Sebastián, «Los valores jurídicos», en *Revista Jurídica de Córdoba*, año 1, nº 2, 1947. Según nos refiere personalmente el Dr. Sandler, Gioja encarnaba una oposición al peronismo diametralmente opuesta a la de Soler. Sandler distingue entre una crítica liberal (Gioja) y una crítica conservadora (Soler). Este último terminaría siendo funcionario del gobierno del Proceso de Reorganización Nacional durante el mandato de Jorge Rafael Videla.

[57] Cfr. GIOJA, A., «Algunas reflexiones sobre la democracia, su significado y su posible defensa», en *Ideas*..., op. cit., tomo II, pág. 253.

[58] Cfr. GIOJA, A., «Algunas reflexiones sobre la democracia, su significado y su posible defensa», en *Ideas*..., op. cit., Tomo II, pág 253. En este aspecto, quizás resulte importante destacar que Gioja era un importante terrateniente.

[59] Cfr. GIOJA, A., «Algunas reflexiones sobre la democracia, su significado y su posible defensa», en *Ideas*..., op. cit., tomo II, pp. 253-254. Atienza considera acertadamente, según creemos, que este texto fundamenta y justifica «claramente la proscripción de que fue objeto el peronismo en la etapa posterior a la Revolución Libertadora». Cfr. ATIENZA, Manuel; op. cit., pág. 87.

[60] Si entendemos al derecho en tanto ciencia social, la discusión sobre valores es una de sus funciones prioritarias. La previsibilidad de las consecuencias de un determinado valor permite establecer su coherencia o incoherencia.

del terreno práctico al normativo tiene consecuencias políticas que gravitan restrictivamente sobre la libertad de los individuos que viven en un sistema democrático. La existencia de valores apodícticos cierra el camino de la libre elección de la voluntad y por lo tanto, del pluralismo abierto de la discusión intersubjetiva. La propiedad privada deja de ser un valor para convertirse claramente en un *a priori*, un juicio práctico de valor que sirve para orientar y determinar la acción.

Según parece, cabe suponer que cuando la discusión no logra generar intersubjetividad sobre ciertos temas, por ejemplo, la necesidad de sostener la propiedad privada frente a la estatal, la objetividad debe lograrse mediante la violencia que significa para las instituciones democráticas un golpe de Estado. Gioja advierte que este recurso sólo puede darse «... en situaciones últimas y durante muy reducido trecho de tiempo, dado el constante peligro de que lo fáctico modifique la ideología...»[61]. En realidad, dada la historia política de nuestro país, esta advertencia resulta por lo menos ingenua. Desafortunadamente, no se analiza una posibilidad que nuestra historia posterior transformó en real y que Gioja no alcanzó a vivir: una burocracia militar arrasando con los derechos y garantías de la ciudadanía, sometiendo a la sociedad civil a su propia disciplina y construyendo un sistema que bajo la oscuridad de las jerarquías y la impunidad acomete cualquier clase de acto criminal.

En definitiva, según Gioja, el problema del hombre democrático está solventado «si con el objeto de salvar el principio de la mayoría o la libertad de crítica, los restringe y aún los suprime»[62].

Estas palabras señalan irrecusablemente que la perspectiva axiológica sufre una profunda torsión en la obra que nos ocupa. El planteo de la intersubjetividad y la discusión, de vasta raigambre democrática, queda absolutamente desvirtuado si se lo expone a la lisa y llana legitimación de prácticas políticas propias de un orden antidemocrático[63].

---

[61] Cfr. GIOJA, A., «Algunas reflexiones sobre la democracia, su significado y su posible defensa», en *Ideas*..., op, cit., tomo II, pág. 254.

[62] Cfr. GIOJA, A., «Algunas reflexiones sobre la democracia, su significado y su posible defensa», en *Ideas*..., op. cit., tomo II, pág. 254.

[63] Según nos refiere personalmente el Dr. Ricardo Guibourg, Gioja consideraba a la democracia como una supraideología que, sin embargo, no era universal. Para alcanzar esa universalidad era lícito impedir, aunque fuera por la fuerza, el advenimiento, por ejemplo, del nacionalsocialismo de A. Hitler. Hitler y Perón se encontraban fuera de la racionalidad del sistema democrático, al igual que Onganía. Por lo contrario, no opinaba lo mismo del presidente de Chile, Salvador Allende.

LIBERTAD E IGUALDAD EN EL PENSAMIENTO POLÍTICO DE NORBERTO BOBBIO: ¿SE PUEDE SER LIBERAL Y A LA VEZ SOCIALISTA?*

Norberto Bobbio es un jurista y filósofo italiano que nació en el Piamonte, en 1909, y que vive actualmente en Turín, en el número 68 de la Via Sacchi, una calle que ahora cruza únicamente si va del brazo de Valeria, su mujer y compañera de toda la vida. Bobbio es ya un viejo y vive entonces instalado en lo que él mismo llamó «el crepúsculo que anuncia la noche». Precisamente, uno de sus últimos libros, titulado «De senectute», trata de la vejez y de la muerte, aunque no para glorificar la primera ni trivializar la segunda, como está hoy de moda entre algunos vendedores de ilusiones que tratan de presentar la vejez como el mejor de los mundos y a la muerte como un simple paso hacia nuevas formas de vida. Todo lo contrario, Bobbio considera que la vejez es el tiempo de la melancolía, o sea, el momento en que se toma mayor «conciencia de lo insatisfecho, de lo incompleto», aunque se trata también de un período de la vida en que podemos advertir mejor que «hay bondad en la racionalidad» y en el que «los afectos cuentan también más que los conceptos».

Bobbio, después de criticar ácidamente la retórica que pretende pintar la vejez casi como un estado de plenitud, alude en «De senectute» a los distintos modos de vivir la vejez, entre los que sobresalen el de los viejos satisfechos y el de los viejos desesperados, y se pregunta entonces cómo ha vivido él su propia vejez. Y ésta es su respuesta: «Diré con una sola palabra que tengo una vejez melancólica, entendiendo melancolía como la conciencia de lo no alcanzado y de lo ya no alcanzable. Se le ajusta bien la imagen de la vida como un camino, en el cual la meta se desplaza siempre hacia delante, y cuando crees haberla alcanzado no era la que tu habías figurado como definitiva. La vejez se convierte entonces en el momento en el cual tienes

* Conferencia en el Instituto Cultural de Las Condes, Santiago, 24 de septiembre de 1998.

plena conciencia de que no sólo no has recorrido el camino, sino que ya no te queda tiempo para recorrerlo, y debes renunciar a alcanzar la última etapa. La melancolía está atemperada, no obstante, por la constancia de los afectos que el tiempo no consumió».

Es difícil presentar a Bobbio ante un auditorio, porque en su actividad intelectual él no trabajó nunca en línea recta, sino en varias líneas a la vez, a saber, la filosofía general, la filosofía del derecho, la teoría política y los debates públicos más circunstanciales sobre temas que van desde el futuro de la democracia en Europa y la fundamentación de los derechos humanos, hasta la despenalización del aborto o la guerra aliada contra Irak.

«Me he ocupado de muchas cosas, quizás de demasiadas» confidenció cierta vez el propio Bobbio, y añadió todavía esto: «He recorrido varios caminos, pero, para ser franco, no he llegado al término de ninguno de ellos». Por lo mismo, la base del trabajo de Bobbio no ha sido el libro -aunque es autor de varios-, sino el artículo, incluso el artículo periodístico. En esos artículos, que él ha escrito por centenares y que tienen un carácter más crítico que sistemático, más cerca de las preguntas que de las respuestas, «el punto de partida de Bobbio -como apunta Alfonso Ruiz Miguel- suele ser un problema, cuyos términos desmenuza, para proponer al final una solución normalmente deductiva de la crítica de otras posiciones teóricas».

Quisiera pedirles que retuviéranos esa última frase -«para proponer al final una solución normalmente deductiva de la crítica de otras posiciones teóricas»-, porque es lo que acontece también cuando Bobbio plantea el problema de la libertad y de la igualdad en las sociedades democráticas contemporáneas. Adelantándome a las conclusiones que ofreceremos en la parte final de esta conferencia, Bobbio asume que la libertad es el valor central del liberalismo, en tanto que la igualdad lo es del socialismo, y, acto seguido, sobre la base de la crítica de las versiones extremas tanto del liberalismo como del socialismo, propone al fin la difícil solución de conciliar uno y otro valor, esto es, de ajustar las exigencias de la libertad de la gente con las aspiraciones de ésta por sociedades más igualitarias, todo lo cual le lleva a acercar posiciones entre liberales y socialistas y a declararse incluso, él mismo, un liberal socialista, o sea, alguien que cree tanto en el valor de la libertad como en el de la igualdad, y que, por lo tanto, rechaza, por una parte, el postulado de que la libertad tenga que ser conseguida al precio de sacrificar la igualdad, y, por la otra, el de que para tener igualdad tengamos que inmolar la libertad de las personas.

Pero volvamos a nuestra afirmación de hace un instante en el sentido de que Bobbio ha trabajado de hecho en varias líneas o campos a la vez. En atención a eso, uno podría decir que hay por lo menos cuatro Bobbios: el Bobbio filósofo, el Bobbio jurista o filósofo del derecho, el Bobbio teórico

de la política y el Bobbio como figura más ampliamente intelectual que habla y escribe, ya no como especialista, sobre determinados asuntos que interesan de preferencia a sus contemporáneos. En la manera cómo Bobbio se desenvuelve en todos estos campos, habría que destacar algo que él proclamó alguna vez: «He aprendido a respetar las ideas ajenas, a detenerme en el secreto de cada conciencia, a entender antes de discutir y a discutir antes de condenar».

Pero en esos posibles cuatro Bobbios hay cuando menos otra constante, a saber, el carácter analítico que acompaña el modo de pensamiento del autor y su consiguiente estilo de expresión.

Analítico, porque Bobbio muestra una disposición intelectual antes a reconocer problemas que a resolverlos, en el entendido de que solo un problema bien planteado tiene reales posibilidades de ser luego resuelto de algún modo.

Analítico, porque tiene también una disposición para tratar los problemas dentro de los límites de lo razonable, esto es, con la aceptación de las posibilidades pero también de los límites de la razón humana, resignándose, como Wittgenstein, a hablar de lo que sabemos y a callar acerca de lo que ignoramos o no podemos saber.

Analítico, además, por una cierta consideración que Bobbio hace de sí mismo como empirista, o sea, como alguien que ha tratado siempre de buscar los hechos, de razonar a partir de ellos y de mantener separados los juicios de hecho de los juicios de valor, porque, en expresiones del propio Bobbio, «lo opuesto de una investigación a-valorativa es una investigación tendenciosa. Aléjense de la ética de la a-valoración, que es la ética del científico, y acabarán pronto en la propaganda».

Analítico porque Bobbio reconoce también una propensión antes a comprender el mundo que a transformarlo, invirtiendo así el aforismo de que los filósofos sólo han hecho explicar el mundo y de que ya es hora de cambiarlo.

Analítico también porque Bobbio muestra siempre una abierta disposición a aclarar el sentido de los términos con que trabajamos habitualmente a propósito de los distintos problemas, por entender ahora que todo lenguaje es siempre ambiguo y que filosofar podría equivaler, como creía Ortega, a una inmersión en el pequeño abismo que es cada palabra.

Analítico por ser portador, asimismo, de un cierto sentido de la complejidad de las cosas y por admitir que la prueba de una inteligencia superior -como decía Scott Fitzgerald- podría consistir en la posibilidad de mantener en la cabeza dos ideas opuestas a la vez sin perder por ello la capacidad de funcionar.

Analítico, en fin, por la percepción, declarada por el propio Bobbio, de que la «filosofía analítica constituye una escuela de racionalidad, un ejercicio de paciencia, una educación en la seriedad y una invitación a la claridad y al rigor». «Fiel al método analítico -agrega todavía Bobbio-, me preocupo de observar un problema desde distintos enfoques, termino por no conseguir una definición lineal y por dejar abierta la cuestión».

Siempre como parte de esta presentación que venimos haciendo de Bobbio, digamos por último que tuvimos la suerte de tenerlo aquí, en Santiago y en Valparaíso, hacia fines del año 1986, una época en la que, de lado y lado, vivíamos una situación política interna marcada por el pesimismo: por una parte, el pesimismo de quienes pensaban que la democracia tendría que esperar muchos años más, y, por la otra, el pesimismo de quienes veían venir la democracia, según el itinerario trazado por la Constitución de 1980, y, con ella, el caos económico y social.

En la conferencia que ofreció ese año en Valparaíso, Bobbio sostuvo que la democracia era un proceso irreversible, no sólo en América Latina, sino también en los países del este de Europa, porque, según dijo, «la historia humana tiende hacia la libertad».

Al expresarse de ese modo, Bobbio ligó democracia con libertad, lo cual quiere decir, como es bien patente para todos, que la democracia es la forma de gobierno que de mejor manera consagra, protege y promueve la libertad de las personas en todas sus diferentes modalidades o expresiones. ¿Pero qué pasa con la igualdad, en concreto con la igualdad material, esto es, con la igualdad en las condiciones de vida de las personas? ¿Es la democracia una forma de gobierno adecuada para conseguir no sólo sociedades más libres, sino también más igualitarias?

Tales preguntas nos ponen ya en el tema mismo de esta conferencia, aunque antes de desarrollarlo me gustaría dejar precisada una cosa.

Cuando Bobbio entraba en la Facultad de Derecho de la Universidad de Valparaíso para dar su conferencia de 1986, unos estudiantes desplegaron un lienzo con la siguiente frase: «Bienvenido profesor Bobbio: los que luchan por la democracia y la libertad lo saludan».

Bobbio insistió en fotografiarse junto a ese lienzo, y, más tarde, en el diario «La Stampa» de Torino, al mes siguiente de su visita a Chile, publicó un breve artículo alusivo a su viaje a nuestro país, que tituló «Aplausos a la libertad». Por cierto, la idea que Bobbio expuso en ese artículo fue la de que los aplausos que había escuchado en Valparaíso luego de su conferencia no iban dirigidos a su persona, sino que eran más bien la expresión de un sentimiento común, de una voluntad concorde y de una esperanza también compartida a favor de la libertad y de la democracia. Todo lo cual recuerda y actualiza, por último, el pensamiento de John Stuart Mill: «Una

persona con una creencia representa una fuerza social equivalente a la de noventa y nueve personas que sólo se mueven por interés».

A propósito de Mill, un autor admirado por Bobbio, vale la pena recordar que suele ser filiado también como un autor liberal próximo al socialismo, porque siempre estuvo preocupado, según nos recuerda Perry Anderson en un ensayo sobre Bobbio, de «combinar la máxima libertad de acción individual» con «una participación igualitaria de todos los beneficios del trabajo colectivo».

Las propuestas de Bobbio acerca de la libertad y de la igualdad están estrechamente ligadas a la idea que el autor italiano tiene acerca de la democracia como forma de gobierno. Corresponde entonces que fijemos brevemente cuál es la definición que Bobbio propone de la democracia, a fin de detenernos luego en la cuestión central que nos interesa, a saber, cuánta libertad y cuánta igualdad puede proveer la democracia a las sociedades que optan por gobernarse democráticamente.

Bobbio, según sus propias palabras, adhiere a una definición mínima de democracia, lo cual es lo mismo que decir una definición procedimental o una definición formal de la misma.

Una definición semejante considera la democracia como un conjunto de reglas y procedimientos que permiten adoptar las decisiones colectivas o de gobierno, esto es, aquellas decisiones que, junto con interesar a todos los miembros de la sociedad, resultan además vinculantes para todos ellos.

«Todo grupo social -escribe Bobbio- tiene necesidad de tomar decisiones vinculantes para todos los miembros del grupo, a objeto de proveer a la propia supervivencia, ya en el interior, ya en el exterior».

Lo anterior quiere decir que en toda sociedad resulta necesaria la adopción de decisiones orientadas hacia otros, o hacia todos, y estas decisiones, que podemos llamar decisiones colectivas o de gobierno, al no poder ser tomadas por los individuos en forma aislada, es preciso que lo sean por alguien y que este alguien proceda conforme a determinadas reglas y procedimientos que se hallan preestablecidos.

En otras palabras: en sociedades extensas y complejas como las que nos toca vivir, que demandan constantemente medidas o decisiones de interés común, resulta inevitable plantearse la pregunta acerca de quién podrá tomar tales decisiones, o sea, quién estará a cargo del gobierno.

Toda forma de gobierno, en verdad, responde a esa pregunta. Las modalidades no democráticas contestan diciendo que las decisiones colectivas deben ser tomadas por una sola persona, o bien por un grupo limitado de personas, a quienes se suele identificar muchas veces como los llamados naturalmente a la tarea de gobierno: los más sabios, los más ricos, los que reconocen cierta filiación con el anterior gobemante, cierta clase social, una

casta religiosa o profesional cualquiera. En cambio, la democracia admite que no hay un criterio cierto ni compartido acerca de quién deba gobernar y, por lo tanto, admite que el gobierno, esto es, la facultad de adoptar decisiones colectivas, quede en manos de cualquiera, sí, de cualquiera, aunque a condición de que haya obtenido para sí la mayoría en las elecciones que se celebren periódicamente con este fin.

Hay entonces en la democracia una curiosa combinación de cautela y osadía: cautela en cuanto ella carece de una respuesta fija y predeterminada a la pregunta de quién debe gobernar, y osadía porque se atreve a responder que puede gobernar cualquiera, sin otra condición que obtener para sí la mayoría.

Así las cosas, Bobbio pudo escribir que la democracia es una de las varias formas de gobierno que conocemos, concretamente «aquella en la que el poder se encuentra no en las manos de una sola persona o de pocas, sino de todas, o, mejor, de la mayor parte, y que, en cuanto tal, se contrapone a las formas autocráticas de gobierno, tales como la monarquía y la oligarquía». Por lo mismo, «democrático es un sistema de poderes en el que las decisiones colectivas, o sea, las decisiones que interesan a toda la colectividad (por pequeña o grande que sea) son tomadas por todos los miembros que la componen». En otras palabras, «la democracia es la contraposición del método de la discusión y la persuasión, por un lado, y el de la violencia, por otro. Es democrático aquel que trata de resolver una controversia no suprimiendo al adversario, sino convenciéndole, y si no logra convencerle, estableciendo un acuerdo basado en un compromiso. Cuando además los contendientes son muchos y el compromiso se hace difícil, vale la regla de la mayoría. Una regla puramente cuantitativa -concluye Bobbio-, pero siempre es mejor contar las cabezas que cortarlas».

«Contra la objeción de que la definición de la democracia procedimental, que concierne a la estructura jurídica del Estado democrático, es indiferente a los valores, es preciso insistir en la consideración de que el fin principal de estas reglas es posibilitar la solución de los conflictos sociales a través de la contratación entre las partes y, cuando la contratación no tiene éxito, a través del voto de mayoría, excluyendo el recurso a la violencia».

En suma: el principio básico de la democracia sería que en la adopción de las decisiones colectivas debe participar el mayor número de personas (toda la población adulta, por ejemplo); y establecido que el grupo social completo no puede instituir directamente, una a una, tales decisiones, ese mismo principio estipula que quienes adopten en el hecho las decisiones de gobierno deben ser representantes del grupo, lo cual sólo es posible si el grupo designa a sus representantes por medio de elecciones.

En una democracia, entonces, el poder no es ejercido directamente por el pueblo, porque en sociedades como las que vivimos el pueblo no puede estar reunido permanentemente en asamblea para acordar todas las decisiones de interés común; pero sí puede decirse que en una democracia el poder proviene o deriva del pueblo, en el sentido de que es éste al que corresponde, por medio de determinaciones de mayoría, elegir a quienes tendrán a su cargo la tarea de tomar decisiones colectivas. A su vez, los elegidos para esta función, especialmente en el caso del órgano o poder legislativo, y una vez agotados los mecanismos de discusión y transacción que puedan conducir a la unanimidad o a consensos amplios, resolverán finalmente sobre el contenido de sus propias decisiones aplicando también la regla de la mayoría. Así, sólo en una democracia directa puede afirmarse que el pueblo decide o gobierna; en cambio, en nuestras democracias representativas, lo único que puede decirse es que el pueblo elige a quién decide o gobierna.

Establecido ya cuál es a grandes rasgos el concepto de democracia de Bobbio, ¿qué relación ve ahora el autor entre democracia y libertad?

Sin duda que «libertad» es una de aquellas que solemos llamar «grandes palabras» y que encontramos con frecuencia en las obras y discursos de filósofos, intelectuales y políticos, aunque se trata también de una palabra cuyo significado no resulta fácil precisar.

Alf Ross, un jurista escandinavo, contemporáneo de Bobbio, a quien debemos un notable libro acerca de la democracia -me refiero a «¿Por qué democracia?», de 1952-, decía de la libertad que «difícilmente haya otra palabra utilizada tan extravagantemente, tan ensalzada y loada, pero que al mismo tiempo sea tan carente de un significado claro y preciso. Ambas cosas, empero, van juntas, porque el significado es tan fluido, admite una explicación tan lata. "Libertad", concluía Ross, es una de esas palabras sonoras cargadas de sugestión, a las que se recurre más bien para despertar sentimientos en el ánimo que pensamientos en la cabeza».

Consciente también Bobbio de lo anterior, el autor italiano elude toda intromisión metafísica en la idea de libertad y se limita a constatar que ciertas libertades son indispensables para el ejercicio del poder democrático, puesto que, por una parte, sin esas libertades el principio o regla de la mayoría perdería todo sentido, y, por la otra, la democracia es también la forma de gobierno que ofrece mejores condiciones para la protección, subsistencia y desarrollo de esas mismas libertades. De este modo, las libertades de que habla Bobbio son necesarias para que pueda instalarse un poder verdaderamente democrático, a la vez que este poder reconoce un compromiso de protección y desarrollo de esas mismas libertades.

Sostiene Bobbio que el estado liberal, o sea, el Estado de las libertades, es el presupuesto no sólo histórico, sino también jurídico del Estado democrático,

o sea, del Estado en el que el gobierno está en manos de la mayoría. «Estado liberal y Estado democrático -escribe el autor- son interdependientes de dos formas: en la dirección que va desde el liberalismo hasta la democracia, en el sentido de que se necesitan ciertas libertades para el ejercicio del poder democrático, y en la dirección opuesta, que va desde la democracia hasta el liberalismo, en el sentido de que se necesita el poder democrático para garantizar la existencia y persistencia de las libertades fundamentales».

Pues bien: entre esas libertades que junto con ser presupuestos de la democracia son salvaguardadas por esta forma de gobierno, están ciertamente la libertad de pensamiento, de expresión, de reunión, de empresa, de asociación. En el caso de esta última, ella dice relación preferente con el derecho de las personas a asociarse para fines políticos, o sea, con el derecho a constituir partidos políticos y a participar en ellos. A este mismo respecto, otro jurista de nuestro siglo que realizó también contribuciones de importancia a la teoría democrática -Hans Kelsen- dijo, con razón, que los partidos políticos constituyen «uno de los elementos más destacados de la democracia». «Es patente -agregó todavía Kelsen- que el individuo aislado carece por completo de existencia política positiva por no poder ejercer ninguna influencia efectiva en la formación de la voluntad común, y que, por consiguiente, la democracia sólo es posible cuando los individuos, a fin de lograr una actuación sobre la voluntad colectiva, se reúnen en organizaciones definidas por diversos fines políticos». «Sólo por ofuscación o dolo -concluyó Kelsen a este respecto- puede sostenerse la posibilidad de la democracia sin partidos políticos».

Porque la democracia se erige sobre un andamiaje de libertades, libertades con cuya subsistencia y desarrollo la democracia asume un explícito e ineludible compromiso, todo aquel que de valor a la libertad y considere a ésta, como dice Ross, «un bien personal y humano», tiene más que buenas razones para preferir la democracia como forma de gobierno.

¿Pero qué pasa con la igualdad? O, mejor aún, ¿cuál es el compromiso que la democracia asume con la igualdad?

Convengamos que «igualdad» es otra de esas «grandes palabras» que aparece también con frecuencia en las obras de filósofos, pensadores y políticos, lo mismo que pasa con la palabra «libertad», aunque se trata de un término que ofrece todavía mayores dificultades a la hora de su conceptualización.

Hay, desde luego, una igualdad jurídica básica, a saber, la de que todos somos sujetos de derecho, esto es, todos podemos tener derechos y obligaciones jurídicas, destacando entre los primeros los llamados derechos humanos,

o derechos fundamentales, que adscriben a toda persona, sin distinción, por el solo hecho de ser tal.

Siempre en el plano jurídico, tenemos también la llamada «igualdad en la ley», en virtud de la cual decimos que las leyes no pueden establecer diferencias arbitrarias entre las personas, esto es, diferencias no justificadas racionalmente. Está también, por cierto, la «igualdad ante la ley», en mérito de la cual quienes ejecutan o aplican las leyes, esto es, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial, no pueden hacerlo estableciendo diferencias entre las personas que las propias leyes no hayan establecido previamente. En otras palabras: la igualdad en la ley es una demanda que se dirige al legislador y es éste, por tanto, el llamado a respetarla. Por su parte, la igualdad ante la ley es una exigencia que se plantea tanto al Ejecutivo como al Poder Judicial y son ahora estas autoridades las llamadas a observar escrupulosamente dicho principio.

Tenemos también la igualdad política, propia de toda democracia, en razón de la cual toda la población adulta puede participar en las elecciones y conforme a la cual el voto de todos cuenta por uno.

¿Pero qué ocurre con la igualdad en sentido material, esto es, con la igualdad en las condiciones de vida de las personas? Así como la democracia asume un compromiso bastante evidente con la libertad, según veíamos antes, ¿adopta ella un compromiso similar con la igualdad material, esto es, cabe esperar de la democracia que junto con garantizar una sociedad de libertades consiga también una sociedad que reduzca las desigualdades en las condiciones de vida de las personas?

La verdad es que si uno adhiere a una definición procedimental de democracia, como hace el propio Bobbio, tendría que coincidir en que quienes ejercen el poder democráticamente pueden trabajar tanto a favor como en contra de una mayor igualdad en las condiciones materiales de vida de la gente. Ello va a depender de quienes ganen las elecciones y del tipo de programa que ejecuten luego desde el gobierno. Por lo mismo, los partidarios de una mayor igualdad en las condiciones materiales de vida que prevalecen en la sociedad no tienen que declararse enemigos de la democracia por el hecho de que ésta no garantice por sí sola ese tipo de igualdad. Lo que tienen que hacer es competir en las elecciones para instalar en el poder a las personas, a los partidos o a las coaliciones de partidos que, de acuerdo a sus trayectorias políticas y a sus programas, ofrezcan mejores garantías de una sociedad más igualitaria.

Pero el punto central es éste: Bobbio cree posible que una democracia, junto con declarar y proteger las libertades de las personas, avance en pos de una sociedad más igualitaria desde el punto de vista de las condiciones materiales de vida, esto es, en pos de una sociedad donde no tengamos, por

un lado, la vida demasiado dulce de unos pocos que viven en la abundancia, cuando no en la opulencia y en el derroche, y, por el otro, la existencia demasiado amarga de muchos que no tienen siquiera lo indispensable para satisfacer regularmente sus necesidades más básicas de alimentación, vivienda, vestuario, salud y educación.

Sin embargo, cuando Bobbio se muestra partidario de la igualdad en el sentido antes indicado, no está pensando en una igualdad absoluta, en una igualdad de todos en todo, en una igualdad regimentada e impuesta con la fuerza del Estado. En lo que está pensando es en una igualdad relativa, en una igualdad de todos en algo, en una igualdad en el sentido de que todos puedan satisfacer a lo menos sus necesidades básicas, para lo cual se precisa, es cierto, un papel activo de parte del Estado.

En idea de Bobbio, por lo mismo, se trata de conseguir no propiamente una sociedad de iguales, sino únicamente una sociedad más igualitaria, o menos desigualitaria, de las que hemos conseguido realizar hasta ahora; o sea, se trata de una sociedad en la que lo que se postula no es que nadie coma torta para que todos puedan comer pan, sino de una sociedad en la que a lo menos todos puedan comer pan, sin perjuicio de que algunos, o incluso muchos, en razón de su trabajo, de sus méritos, de su esfuerzo o de su suerte, puedan acceder también a las tortas y a otros manjares semejantes. La sociedad que describimos de esa manera, en consecuencia, tendría que ser mucho mejor que el tipo de sociedad satisfecha que algunos países, entre ellos el nuestro, han conseguido instalar en los cuatro o cinco mejores barrios de las cuatro o cinco mejores ciudades. Tendría que ser una sociedad distinta de la que se configura cuando unos pocos van cómodamente instalados en los camarotes de lujo de la nave, mientras los demás se las arreglan como pueden tendiendo mantas sobre la cubierta o en las bodegas, sin olvidar -por último- a los que nadan alrededor de la embarcación y tratan desesperadamente de subir a ella.

El liberalismo -sostiene Bobbio- «se inspiró sobre todo en el ideal de libertad, pero es inútil ocultamos que la libertad de iniciativa económica ha creado enormes desigualdades no sólo entre hombre y hombre, sino también entre Estado y Estado». Por su parte, el socialismo se inspiró sobre todo en el ideal de igualdad, aunque resulta inútil ocultarnos que creó también enormes restricciones a la libertad de las personas. En otras palabras: un liberalismo extremo sacrifica la igualdad en nombre de la libertad y enarbola el nombre sagrado de la segunda cada vez que alguien nombra la primera, mientras que un socialismo del tipo de los llamados «socialismos reales» inmola la libertad en nombre de la igualdad y levanta el estandarte de la segunda para justificar restricciones inaceptables a la primera. Esto significa, según el primero de esos puntos de vista, que si queremos libertad no queda

más remedio que conseguirlo al precio de la igualdad, al paso que el segundo de tales puntos de vista nos dice que si querernos igualdad tenemos que pagar por ella el precio de la libertad.

Bobbio reacciona contra semejantes planteamientos y, sin dejar de ser consciente de las fricciones que de hecho se producen entre libertad e igualdad, propicia un ideal que nazca de la exigencia de que los hombres, además de libres, sean iguales, aunque no iguales, claro está, en el sentido absoluto e irreal de este término.

Dicho de otra manera: Bobbio considera pertinente y posible demandar de la democracia un compromiso, a la vez que con la libertad, con una mayor igualdad en las condiciones materiales de vida de la gente, o sea, le parece adecuado pedir a la democracia no sólo la preservación y el desarrollo del régimen de libertades que la hacen posible, sino también una cierta voluntad igualitaria en el sentido de utilizar el poder del Estado para contribuir a morigerar las desigualdades materiales más manifiestas e injustas, así no más sea porque la presencia en una sociedad cualquiera de tal tipo de desigualdades puede tornar enteramente ilusorio y vacío, para quienes las padecen, el disfrute y ejercicio de las propias libertades.

Como dice Laski, citado por Alf Ross, «aquellos que viven en condiciones desiguales (económicas, sociales, culturales) no piensan en forma igual, y, por ende, el sentido común de los valores y la voluntad de comprensión recíprocas, que son requisitos previos de la democracia, pueden quebrarse si las condiciones llegan a ser excesivamente desiguales. Una comunidad con desigualdad vive siempre temiendo divisiones intestinas. La gente de una comunidad sólo tendrá un interés similar en la libertad cuando, para decirlo con términos imprecisos, tenga un interés similar en sus resultados. La libertad, pues, y a la larga, no podrá subsistir sin igualdad».

Según esa idea, por consiguiente, la igualdad no sólo no es un ideal incompatible con la libertad, sino, todo lo contrario, una cierta igualdad material mínima sería una condición para el ejercicio efectivo de la libertad y para la real consolidación de un régimen democrático. Puesto que, ¿cuál puede ser el real interés de una persona en sus libertades de pensar, de expresarse, de reunirse, de emprender, de asociarse, si es que sus condiciones materiales de vida la sitúan irremediablemente por debajo de la línea de pobreza o en un estado de franca indigencia?

En ello consiste la síntesis liberal-socialista propiciada por Bobbio y ahora puede entenderse posiblemente mejor esa parte del título de esta conferencia que alude a si se puede ser liberal y a la vez socialista.

Si por liberalismo, en sentido amplio, se entiende la doctrina que sostiene que los derechos de libertad son condiciones necesarias de toda auténtica democracia, y si por socialismo se entiende una doctrina que propicia

un papel activo del Estado para conseguir una sociedad más igualitaria, aunque sin perjudicar el régimen de libertades, entonces Bobbio no tiene dificultad en calificar su posición de «liberalsocialismo» y en declararse él mismo un «liberal socialista».

Pero la propuesta de Bobbio no es simple ni fácil, porque todos sabemos que el liberalismo propicia menos Estado y el socialismo más Estado, de donde se sigue una evidente dificultad para conciliar ambas doctrinas. Sin embargo, un liberalismo con responsabilidad social no debería extremar su postulado a favor de menos Estado, mientras un socialismo liberador debería entender que no debe llevar hasta el extremo su postulado a favor de más Estado.

El propio Bobbio es el primero en reconocer que «el liberalsocialismo es sólo una fórmula», aunque también «indica una dirección», y esa dirección no es otra que la de mirar también la historia desde el punto de vista de los oprimidos.

Es cierto que se trata también de una fórmula política hibrida, quizás paradojal, pero ya advertía Rousseau que es siempre preferible ser hombres de paradojas que hombres de prejuicios. Se trata también, como alguien ha dicho, de «una fórmula química inestable», porque supone un equilibrio que no es fácil de conseguir ni de mantener. En la tensión libertad-igualdad, las basas pueden inclinarse exageradamente a favor de la primera, y entonces no tendremos más que un capitalismo agresivo que no conoce más ley que el mercado y que reduce todo a la condición de mercancía. Por otra parte, en dicha tensión entre libertad e igualdad las basas pueden inclinarse indebidamente a favor de la segunda, caso en el cual está ya probado que no conseguiremos otra cosa que un dirigismo estatal que asfixia la libertad e impone un igualitarismo empobrecedor.

Algo parecido ocurre también con la tensión que en toda sociedad democrática se produce entre orden y libertad. Es efectivo que en cierta medida orden y libertad se repelen, pero nadie aceptaría sensatamente hoy la idea de que para tener orden sea preciso sacrificar la libertad, como tampoco resulta razonable la idea de que todo orden deba ser rechazado en nombre de la libertad.

Precisamente, el desafío a este respecto consiste en armonizar orden con libertad, en advertir que hay una buena dosis de irresponsabilidad política, y hasta de inexcusable simpleza, tanto en la doctrina de quienes desearían sacrificar cándidamente el orden a la libertad, cuanto en la de quienes, presas fáciles del terror a la desintegración social y a la falta de autoridad y de dirección, propugnan el sacrificio inverso, esto es, sofocar al máximo las libertades para conseguir así un mínimo de orden.

Nos preguntamos entonces si acaso la relación libertad-igualdad no debería ser planteada de la misma manera, sobre todo si por igualdad se entiende no la supresión de toda diferencia, sino, al modo de Bobbio, tan sólo la aproximación gradual, pero sostenida, a una «sociedad más igualitaria de las que hemos conocido y conseguido realizar hasta ahora». Por lo tanto, a lo que nos adherimos, según veremos más adelante, no es a la ideología de lo que podríamos llamar el «igualitarismo», o sea, la igualdad de todos en todo, sino, menos que eso, a la ideología de la igualdad, esto es, a la igualdad de todos en algo… De este modo, se trata de obtener una mayor igualdad y no una igualdad absoluta, en el sentido de propender, con medidas deliberadas y eficaces, pero que a la vez no mutilen el régimen de libertades, a una atenuación de «las diferencias de poder que existen entre los hombres».

En otras palabras, si en el transcurso de la revolución francesa, como dijo Lord Acton, «la pasión por la igualdad hizo vana la esperanza de la libertad», en el devenir de lo que hoy se llama la «revolución neoliberal» habría que postular que las aspiraciones por mayor libertad no caduquen los deseos también legítimos por una sociedad más igualitaria. Esto significa que la desigualdad material no tendría ya que ser vista como la sombra negra que proyecta inevitablemente el reinado de la libertad, sino como una imperfección de la propia libertad».

Por lo mismo, y pese a su indesmentible resonancia utópica, quizás no esté del todo desacertado el viejo lema revolucionario que pedía libertad, igualdad y fraternidad. Tal vez la fraternidad, esto es, la unión y buena correspondencia entre los que son o a lo menos se tratan como hermanos, pueda constituir el puente que se necesita tender entre los valores de la libertad y de la igualdad, a fin de que, reconociéndose distintos, no se repelan y propendan en cambio, junto con preservar sus respectivas autonomías, a ceder cada cual de sí en la proporción justa que permita la realización simultánea del otro.

«Nunca dejará de haber pobres en la tierra», admite uno de los libros del Antiguo Testamento. Sin embargo, lo que se concluye en ese mismo texto no es que debamos endurecer el corazón ante los más necesitados, sino todo lo contrario. «Por eso -sigue diciendo ese libro sagrado- te doy este mandato: abrirás tu mano a tu hermano, al necesitado y al pobre de tu tierra».

El propio Octavio Paz, un pensador para nada sospechoso de socialismo, advertía también en una entrevista que la fraternidad es la «gran ausente de nuestras sociedades capitalistas contemporáneas», de modo que nuestro deber -concluía- es «redescubrirla y ejercitarla».

Bobbio no es precisamente un pensador ingenuo, ni siquiera optimista, sino, todo lo contrario, alguien más bien propenso, según propia confesión,

«a ver el lado oscuro de las cosas». Él conoce muy bien las dificultades que existen para combinar un proyecto de «socialismo liberalizado» con un «liberalismo socialmente responsable». Es más: en una conversación con Giancarlo Rosetti -a quien pertenecen las dos expresiones anteriores- Bobbio declaró que «hasta ahora nadie ha encontrado la manera de poner de acuerdo los derechos de la libertad con las exigencias de la justicia social». Por consiguiente, quizás tenga razón Perry Anderson, cuando comentando el liberalsocialismo de Bobbio, exclama «It is too soon», o sea, es demasiado pronto todavía para algo así, lo cual significaría -en palabras ahora del propio Bobbio- «que no tenemos aun ideas muy claras sobre el camino a recorrer».

Sin embargo, el liberalsocialismo de Bobbio y otros continúa siendo una dirección, y marcar la dirección en que queremos avanzar es siempre algo previo y más importante que la elección de los caminos que deberíamos tomar.

Para hallar esos caminos en nuestro continente, haría falta, como dice Carlos Fuentes, que algún día nuestra imaginación política, económica, e incluso moral, puedan igualar a nuestra imaginación verbal; o, como dice otro de nuestros escritores -Fernández Retamar-, haría falta poner nuestras ciencias sociales a la altura de nuestro arte y de nuestra poesía; o, como propone Mario Vargas Llosa, por mencionar a un escritor e intelectual que no estaría muy de acuerdo con los planteamientos de Bobbio, haría falta resignarnos alguna vez en América Latina a la idea de ser originales.

Por último, es prácticamente inevitable que una disertación acerca de la igualdad no contenga hoy en día alguna referencia a las ideas que Francis Fukuyama vierte en su ya conocidísimo libro «El fin de la historia y el último hombre», una obra que, por discutible que resulte la tesis central del autor -que también ha sido a veces harto mal comprendida y poco valorada- constituye bastante más de lo que comúnmente se llama «un libro de avión», esos que dejamos olvidados sobre la poltrona después de un largo viaje, sin molestarnos siquiera en devolverlo a nuestro equipaje de mano.

Por supuesto que la tesis de Fukuyama no dice relación con el fin de la historia entendido como una súbita interrupción de los humanos acontecimientos -que se siguen y continuarán sucediéndose, frenéticos, ante nuestra atónita y casi siempre sobrepasada capacidad de percepción-, ni, tampoco, con el término de la historia como estudio, reconstrucción conceptual y búsqueda de un probable sentido de los hechos del pasado. Fukuyama, por cierto, no ha pretendido congelar el presente, clausurar todo futuro devenir ni tampoco jubilarse o jubilar de paso a todos sus colegas historiadores.

No; la tesis de Fukuyama dice relación con el altísimo grado de consenso logrado en nuestra época respecto de la legitimidad de la democracia

como forma de gobierno de la sociedad y de la mayor eficiencia de la llamada economía libre o de mercado como sistema más adecuado para alcanzar el crecimiento y la prosperidad material de los pueblos.

La propuesta de Fukuyama es que ese doble triunfo del liberalismo -en el plano político y en el campo económico- pone algo así como un «punto final a la evolución ideológica de la humanidad», desde el momento que ésta habría encontrado la «forma final de gobierno», con su ineludible correlato en el terreno económico, de manera que hoy, incluso allí donde no la había hasta hace poco o donde todavía ella no existe o trata de afirmarse con evidentes dificultades, la democracia liberal sería «la única aspiración política coherente que abarca las diferentes culturas y regiones del planeta».

Se trata, pues, del fin de la historia como fin de las ideologías, mejor aún, del fin de las luchas entre diferentes ideologías, al quedar una de éstas dueña de todo el campo, sin que ningún otro modelo alternativo -el último habría sido el comunismo hasta antes de su estrepitosa caída- se ofrezca o pueda ofrecer hoy plausiblemente y con posibilidades reales de ser compartido e implementado a una escala mundial relevante.

Dejando de lado los fundamentos de esta tesis y, sobre todo, su carácter altamente polémico, ¿qué tiene ella que ver con el problema de la igualdad, que es el que a nosotros preocupa en la presente intervención?

Fukuyama puede ser un pensador algo temerario, pero sabe dar razones y es capaz, asimismo, de darse cuenta de qué lado vendrán los tiros en contra de su propuesta. Vendrán, cree él, tanto de la izquierda como de la derecha, aunque confiesa que la crítica más poderosa, en su opinión, es la que proviene de ésta y no de aquélla. A nuestro modo de ver, sin embargo, el punto es otra vez debatible, pareciéndonos que lo que Fukuyama denomina crítica desde la izquierda es tal vez más consistente, simplemente por que parece tener mayor asidero en los hechos.

¿Y cuáles son esas dos críticas, una desde la izquierda y otra desde la derecha, que el autor que venimos citando identifica en relación con su propia tesis del fin de la historia en el sentido antes expuesto?

Fukuyama piensa que la democracia liberal y el régimen de economía libre proporcionarán en las distintas sociedades un mayor reconocimiento y bienestar a un mayor número de individuos, aunque este reconocimiento y bienestar, desde una perspectiva de izquierda, no será nunca estimado como completamente satisfactorio, desde el momento que el triunfante modelo se mostrará incapaz de corregir las profundas desigualdades económicas que el mismo sistema produce entre la gente. Así, como decía Adam Smith, el sistema permitirá que continúen habiendo «ricos que se vanaglorien de su riqueza, mientras los pobres continuarán avergonzándose de su pobreza y sintiéndose invisibles para los demás hombres». En consecuencia, esos pobres

continuarán presionando por la búsqueda de alternativas a una democracia política simplemente acompañada de un capitalismo que en lo económico los hunde, o a lo menos los estabiliza, en una situación de evidente desigualdad material.

Tal es la crítica desde la izquierda que Fukuyama advierte en contra de su tesis.

¿Y a la de la derecha?

Fukuyama dice que el mayor bienestar y el igual reconocimiento dispensado por la democracia liberal favorecerá la complacencia y el conformismo, produciendo un rebaño de personas satisfechas, de «hombres sin pecho», como apuntó Nietzche, esto es, de individuos sin ideales y enteramente desmovilizados para conseguir mayores cuotas de reconocimiento individual que les permita percibirse a sí mismos, a la vez que iguales, superiores a los demás. Porque, como el mismo Fukuyama se pregunta, «¿no constituye el deseo de desigual reconocimiento la base de una vida vivible, no sólo en las sociedades aristocráticas del pasado, sino también en las democracias liberales del presente? ¿No depende en cierta medida su futura supervivencia del grado en que sus ciudadanos busquen que se les reconozca no sólo como iguales, sino como superiores a otros? ¿Y no puede el temor a convertirse en despreciables «últimos hombres» llevar a los hombres a afirmarse de maneras imprevistas y nuevas, incluso hasta el punto de convertirse de nuevo en bestiales «primeros hombres» consagrados a sangrientos combates de prestigio, ahora con armas modernas?».

Fukuyama es también un autor que sabe hacer preguntas y que valora la duda acerca de la pertinencia de su propia tesis, porque hacia el final de su libro, valiéndose de la hermosa y sugerente imagen de unas carretas que avanzan en caravana hacia la ciudad prometida, coincide en que no podemos saber con certeza si sus ocupantes, llegados a ésta, «después de echar una ojeada al nuevo paisaje no lo encontrarán a su gusto y posarán la mirada en otro viaje nuevo y más distante».

Bobbio, creo yo, forma parte de quienes piensan que ese viaje es no sólo posible, sino necesario.

N O T A S

LOS PRESUPUESTOS ONTOLÓGICOS DEL DERECHO (A propósito de una crítica de Rafael Hernández Marín a la «concepción estándar del Derecho»)

«Cuando persuadidos de estos principios recorremos las bibliotecas, ¡qué estragos deberíamos hacer! Tomemos en nuestra mano, por ejemplo, un volumen de teología o de metafísica escolástica y preguntémonos: ¿Contiene algún razonamiento abstracto acerca de la cantidad y el número? ¿No? ¿Contiene algún razonamiento acerca de los hechos y las cosas existentes? ¿Tampoco? Pues entonces arrojémoslo a la hoguera porque no puede contener otra cosa que sofismas y engaños»
(Hume, *Investigaciones sobre el entendimiento humano*)

«La economía ontológica está muy bien cuando está libre de cargas -o al menos es barata. Pero quizás se compre a un precio demasiado alto si requiere que paguemos costes substanciales en términos de satisfacciones intelectuales de explicación y comprensión».
(Nicholas Rescher, *Scientific Realism*)

1. Introducción

En octubre de 1994 el profesor Rafael Hernández Marín formó parte del tribunal que juzgó mi tesis doctoral *Acción y norma en G. H. von Wright*. En algún pasaje de mi tesis, yo afirmaba que la concepción «factualista» o «empirista» de las normas, que él sostiene, «puede tener consecuencias contraintuitivas para los estudiosos de la teoría de las normas y los juristas en general»[1]. La concepción factualista de las normas identifica a éstas con textos significativos (o enunciados con un significado literal). Esto hace posible afirmaciones como la siguiente: «las entidades jurídicas son objetos físicos, existentes en el espacio y en el tiempo, que pueden ser destruidos (quemados, por ejemplo) y dejar de existir»[2]. Sigo pensando que esta afirmación resulta, cuanto menos, «chocante», y que permite consideraciones no menos extrañas. Por ejemplo: ¿Para qué queremos estudiar la derogación (que tantos quebraderos de cabeza puede proporcionar) si basta con quemar una norma para que ésta deje de existir? Es más: la norma seguiría existiendo aunque

[1] Daniel González Lagier, *Acción y norma en G. H. von Wright*, Centro de Estudios Constitucionales, 1995, pág. 346.

[2] Rafael Hernández Marín, *Teoría general del Derecho y de la Ciencia jurídica*, Ed. PPU, 1989, pág. 50.

hubiera sido derogada por otra norma, pues ¿cómo puede un texto hacer desaparecer a otro texto? O estas otras (que, más que extrañas, la mayoría de los juristas y de los no juristas considerarían sin sentido): ¿Dónde está el Derecho? ¿Quién lo guarda? ¿Es muy grande? ¿De qué color es?

Consideraciones de este tenor fueron las que me llevaron a afirmar -afirmación que hoy todavía sostengo- que la concepción factualista podía tener consecuencias contraintuitivas. Sin embargo, ni en el texto de mi tesis ni en mis respuestas a Rafael Hernández Marín justifiqué adecuadamente mi postura. En aquél momento prometí al profesor Hernández Marín meditar con mayor detenimiento sobre su concepción de las normas. La publicación de su artículo «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho»[3] me da la ocasión adecuada para cumplir mi promesa, tratando de rebatir los argumentos por los que el autor considera que la concepción factualista de las normas o -como la llama ahora- concepción realista pura del Derecho, es preferible a nuestra concepción cotidiana: la concepción estándar del Derecho.

El artículo de Rafael Hernández Marín comienza con una descripción de ambas concepciones. La tesis central de la concepción estándar -que es la concepción que subyace a la cultura jurídica continental europea- es la afirmación de que «*los componentes esenciales del Derecho son la ley (concebida idealmente), el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho*»[4]. En opinión del autor, esta tesis suele ser completada en la mayoría de casos «con la idea de que del Derecho en general también forma parte un Derecho no positivo, un Derecho natural: sea en forma de principios o normas, sea como valores jurídicos, sea como derechos humanos, etc. »[5]. La concepción realista pura, por su parte, se caracteriza por sostener: « 1º) que no hay más Derecho que el Derecho positivo; 2º) que no hay más Derecho positivo que la ley; 3º) que no hay más ley que el texto de la ley; 4º) que ese texto legal es un hecho, un objeto físico»[6]. Tras describir ambas concepciones, Hernández Marín argumenta a favor de la concepción realista. Sus argumentos se dividen en argumentos en un plano teórico y argumentos en un plano práctico. Espero que el siguiente sea un resumen fiel de

[3] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», Anuario de Filosofia del Derecho, núm. XII, 1995, págs. 347-361.

[4] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 347.

[5] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 347.

[6] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 348.

los mismos (los dos últimos argumentos son de índole práctica, mientras que el resto son teóricos):

(1) La concepción realista pura es la única que reúne las dos siguientes características: (1a) es respetuosa con los usos lingüísticos; (1b) es una concepción empírica (mientras que la concepción estándar es idealista).

(2) La concepción estándar es menos «sólida» que la concepción realista porque requiere más presupuestos ontológicos y porque sus tesis ontológicas son más que dudosas, incluso para las teorías ontológicas actuales más tolerantes.

(3) La concepción estándar incurre en un error metodológico, pues no distingue entre teorías que requieren para su desarrollo presupuestos ontológicos «amplios» (admisión del Derecho consuetudinario, de los principios generales del Derecho, de los valores, identificación entre normas y proposiciones o cuasiproposiciones, etc.) y aquellas que requieren exclusivamente presupuestos ontológicos justificados (existe el texto de la ley).

(4) Para solucionar el problema planteado por las leyes injustas o insuficientes, la concepción estándar propugna el recurso a entidades no existentes (el Derecho consuetudinario, los valores, los principios, etc.), tratando de derivar la existencia de tales entidades a partir de su necesidad práctica.

(5) Para regular la solución de los casos en los que las reglas legales son injustas o insuficientes, la doctrina y los legisladores -que suscriben mayoritariamente la concepción estándar- formulan *reglas correctoras de la legalidad*, que establecen cuándo recurrir a la analogía, cuándo declarar nulo un acto por fraude de ley, cuándo recurrir al Derecho consuetudinario o a los principios generales del Derecho, etc. Estas reglas plantean un grave problema de seguridad jurídica, pues padecen de vaguedad tanto en sus supuestos de hecho como en las consecuencias que prevén.

2. La concepción realista, la concepción estándar y «los usos lingüísticos»

Vayamos con el primero de los argumentos (o, más exactamente, la primera parte del primero de los argumentos). Hernández Marín sostiene que «los usos lingüísticos relativos a la palabra "Derecho" establecen dos cosas: a) que la Constitución, el Código civil, etc. , forman parte del Derecho; y b) qué es lo que dicen (literalmente) los artículos o apartados de la Constitución, del Código Civil, etc. »[7]. Esto deja fuera algunas teorías sobre el Derecho; por ejemplo, la teoría del Derecho de Th. Geiger, que califica de Derecho

[7] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 347.

«cosas que nadie califica como tales» (como regularidades de comportamiento) y excluye del Derecho cosas que «todo el mundo califica como tales» (como la Constitución, el Código Civil, etc.)[8].

Ahora bien, el alcance de estas afirmaciones en el artículo de Hernández Marín no me queda claro, por dos razones:

a) En primer lugar, parece haberse deslizado algún error cuando se afirma que «los usos lingüísticos relativos a la palabra "Derecho"» establecen no sólo que la Constitución, etc. es Derecho, sino también «qué es lo que dicen (literalmente) los artículos o apartados de la Constitución, del Código Civil, etc.»[9]. Como es obvio, cuál es el significado de los artículos de la Constitución, el Código civil, etc. dependerá de los usos lingüísticos relativos a las palabras incluidas en tales textos, pero no de los usos lingüísticos relativos a la palabra «Derecho» (salvo en los casos en que esta palabra aparezca en tales textos).

b) En segundo lugar, surge la cuestión de qué usos lingüísticos hay que tener en cuenta: ¿los de los juristas (y qué juristas: jueces, abogados, dogmáticos, teóricos del Derecho,...)? ¿Los de los ciudadanos en general? Ésta no es una cuestión marginal: es posible que los usos de distintos grupos de hablantes no coincidan, y habrá que determinar a qué grupo darle preferencia. Hernández Marín parece dar preferencia a los usos lingüísticos de los no juristas. Pero esta es una decisión que habría que justificar. Volveré sobre esto.

En todo caso, Hernández Marín reconoce que «sí respetan dichos usos [lingüísticos] tanto la concepción estándar, como la concepción realista»[10]. Las divergencias entre ambas concepciones se producen en un ámbito que va más allá de los usos lingüísticos:

> «Todas éstas [las cuestiones en las que difieren ambas teorías] son cuestiones sobre las que los usos lingüísticos de los no juristas, o sea, de aquellos que no sostienen una determinada concepción ontológica del Derecho, no se pronuncian: dichos usos lingüísticos no permiten determinar si la Constitución (el Código civil, etc.) se identifica o no con su texto, ni si hay otro derecho distinto al de los Cuerpos Jurídicos, ni tampoco si dicho texto es un hecho o una idea».[11]

De acuerdo con este párrafo, el argumento de los usos lingüísticos, por sí solo, no es un argumento contra la concepción estándar. Sin embargo, a

---

[8] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 349.

[9] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 349.

[10] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 349.

[11] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 349.

mí me parece que se le puede «dar la vuelta» para usarlo precisamente contra la concepción realista.

Vayamos por partes. ¿Qué es lo que hace que el argumento de los usos lingüísticos -o el recurso al lenguaje ordinario como método filosófico- esté justificado? Hernández Marín señala que «respetar mínimamente los usos lingüísticos es condición necesaria para la comunicación humana»[12]. Pero debe haber algo más en el lenguaje ordinario, en los usos lingüísticos, porque si no bastaría con una estipulación que fuera aceptada por todos para sortear el argumento. El siguiente párrafo de John L. Austin apunta directamente a la importancia filosófica y metodológica del lenguaje ordinario:

> «... nuestro común *stock* de palabras incorpora todas las distinciones que los hombres han hallado conveniente hacer, y las conexiones que han hallado conveniente establecer, durante la vida de muchas generaciones; seguramente es de esperar que éstas sean más numerosas, más razonables dado que han soportado la larga prueba de la supervivencia del más apto, y más sutiles, al menos en todos los asuntos ordinarios y razonablemente prácticos, que cualesquiera que plausiblemente usted o yo pudiéramos pensar en nuestros sillones una tarde -el método alternativo más socorrido-»[13].

Si tiene razón Austin -y es difícil negar que tiene razón en parte-, el lenguaje recoge los matices, las distinciones, las conexiones, etc. que necesitamos para «movernos» en un determinado ámbito. Esta información implícita en el lenguaje ordinario nos puede ser útil para conocer el mundo. Seguramente incluye una cierta concepción ontológica. Ahora bien, probablemente sería un error fijamos en el lenguaje que usan los filósofos cuando tratan de explicar el mundo o poner un poco de orden en nuestra imagen de él. Ellos ya no utilizan un lenguaje ordinario, por lo que su lenguaje ya no tiene las virtudes de las que nos hablaba Austin. Tendrá otras virtudes, pero pocas veces ha soportado «la larga prueba de la supervivencia del más apto», no es una construcción colectiva más o menos espontánea, no está libre de la visión parcial de un autor o una concepción.

¿Ocurre algo semejante con el Derecho? Cuando nos referimos, ya no a la comprensión del mundo en general, sino del Derecho en particular, ¿debemos dejar de lado el lenguaje de los juristas? Esto es lo que parece indicar Hernández Marín: que debemos tener en cuenta los usos lingüísticos «de los no juristas, o sea, de aquellos que no sostienen una determinada concepción ontológica del Derecho». Sin embargo, dado el carácter especializado del Derecho, difícilmente existirán usos lingüísticos interesantes

---

[12] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 350.

[13] John L. Austin, «Un alegato en pro de las excusas», Alianza Universidad, 1989, pág. 174.

entre no juristas. El lenguaje del Derecho no es un lenguaje común, sino un lenguaje que ha desarrollado una comunidad que se dedica a una actividad específica. Los ciudadanos necesitan incorporar a su lenguaje cierta información sobre el Derecho, pero los juristas tienen que incorporar una información mucho mayor. El «lenguaje ordinario» del Derecho es fundamentalmente el lenguaje de los juristas (jueces, abogados, operadores jurídicos en general, y también dogmáticos, porque su función es eminentemente práctica o técnica). La desconfianza hacia el lenguaje de los filósofos debe traducirse exclusivamente en desconfianza (en cierto tipo de desconfianza) hacia el lenguaje de los filósofos del Derecho (especialmente los que sostienen explícitamente una concepción ontológica del Derecho, como Hernández Marín y yo mismo, en este momento), pero no hacia el resto de los juristas: éstos pueden sostener implícitamente una concepción ontológico-jurídica, pero no teorizan sobre ella; en realidad, ni siquiera se la plantean. Y si éste es el lenguaje en el que nos fijamos, nos daremos cuenta de que los usos lingüísticos de la mayoría de los juristas incorporan una concepción ontológica distinta de la que Hernández Marín llama realista pura (como él mismo reconoce en su artículo)[14].

No voy a insistir más en este argumento. Al fin y al cabo, como el propio Austin dice, el lenguaje ordinario no es la última palabra, sino tan sólo la primera. Además, existe una objeción que puede hacerse al argumento de los usos lingüísticos o del lenguaje ordinario; es la siguiente: la información que el lenguaje ordinario incorpora, ¿es información (teórica) sobre cómo es el mundo o información (práctica) sobre cómo movemos en el mundo? Es posible que se trate de información útil para resolver problemas prácticos cotidianos, pero no nos diga cómo es realmente el mundo. Y esto es lo que nos preocupa: ¿Cómo es *realmente* el mundo del Derecho? ¿Cuáles son las entidades jurídicas últimas que existen *de verdad*? Estas cuestiones parecen presuponer dos cosas: (a) que podemos conocer la realidad objetiva; y (b) que existe una ancha brecha entre nuestro conocimiento teórico y nuestro conocimiento práctico. A propósito del siguiente argumento de Hernández Marín diré algo sobre todo esto.

[14] Podría argumentarse que, puesto que los juristas aceptan mayoritariamente una concepción estándar del Derecho, tratar de fundamentar esta concepción en sus usos lingüísticos resulta circular. Pero obsérvese que esta circularidad no existe porque los juristas no aceptan *explícitamente* esta concepción, y no han construido un lenguaje adecuado a esa concepción. Lo que mi argumento quiere decir es lo siguiente: (a) Los juristas tienen que cumplir con una función específica; (b) en el cumplimiento de esa función se ha ido creando cierto lenguaje; © dicho lenguaje ha incorporado una determinada concepción ontológica. El lenguaje de los juristas, como el lenguaje ordinario, tiene, en cierto sentido, «vida propia».

3. El argumento del carácter idealista de la concepción estándar

«La segunda característica esencial -escribe Hernández Marín- de la concepción realista consiste en que ésta es *una concepción empírica o factualista del Derecho*». Por el contrario, la concepción estándar es -al menos parcialmente- una concepción idealista:

> «En cuanto se admita un Derecho distinto del Derecho positivo (esto es, en cuanto se admita un Derecho natural); o bien un Derecho positivo distinto de la ley (como los principios generales del Derecho o el Derecho consuetudinario), o bien se rechace la identificación entre la ley y el texto de la ley (concibiendo las leyes como integradas por proposiciones o cuasiproposiciones), se está sosteniendo, al menos parcialmente, una concepción idealista, no empírica, del Derecho»[15].

Lo primero que podría decirse a propósito de este argumento -que la concepción estándar no es una concepción empírica del Derecho- es que sólo es un buen argumento para quien piense que una concepción adecuada del Derecho debe ser una concepción empírica. Pero esto es precisamente lo que Hernández Marín trata de demostrar en su artículo, de manera que este argumento no añade nada nuevo y tampoco veo cómo puede afectar a la concepción estándar. Sin embargo, aun así, no me parece correcto afirmar que la concepción estándar es una concepción idealista, o parcialmente idealista. Si se la califica así, hay que explicitar por qué.

Para Hernández Marín «el Derecho está integrado por hechos y sólo por hechos»[16]. Esta afirmación le lleva a sostener las tres tesis siguientes:

> «1ª) La Constitución, el Código Civil, etc. , se identifican con su texto respectivo, o sea, con lo que literalmente dicen los artículos o apartados de la Constitución, del Código Civil, etc. Consecuencia de ello (y de la tesis que afirma que la Constitución, el Código Civil, etc. forman parte del Derecho) es que lo que forma parte del Derecho es el texto de la Constitución, el texto del Código Civil, etc.; en una palabra, que lo que forma parte del Derecho es el texto de la ley.
> 2ª)No hay más Derecho que el texto de la ley.
> 3ª)El texto de la ley es un hecho»[17].

¿Qué significa en estos párrafos la palabra «hecho»? Parece que significa «objeto físico». El texto de la ley es un objeto físico («ese texto legal es un hecho, un objeto físico»[18]). Como tal, tiene una existencia «real». Supongo

---

[15] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 351.

[16] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 350.

[17] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 349.

[18] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 348.

que esta existencia real se demuestra porque los objetos físicos se pueden «tocar» o «ver», o son susceptibles de algún experimento científico: su existencia es empíricamente demostrable. De manera que el argumento contra la concepción estándar dice así:

> PRIMERA FORMULACIÓN: «La concepción estándar es idealista porque admite la existencia de entidades que no son objetos físicos».

¿Pero no es ésta una concepción ontológica demasiado restringida? Hernández Marín nos dice que los presupuestos ontológicos de la concepción estándar son tan dudosos que ni las concepciones ontológicas actuales más tolerantes los admitirían; por mi parte voy a tratar de mostrar que los presupuestos ontológicos de la concepción realista («sólo existen los objetos físicos») son tan -ingenuamente- estrictos que hasta las concepciones ontológicas actuales más severas los rebasan.

Me parece que el problema básico de la concepción de Hernández Marín es haber adoptado un concepto homogéneo de «existencia», que toma como paradigma de existencia el modo de existencia de los objetos físicos. En las líneas que siguen voy a tratar de exponer cómo creo que hay que entender el concepto y los modos de «existencia».

3. 1. La distinción entre hecho y objeto físico

Un buen punto de partida puede ser advertir la falta en el artículo de Hernández Marín de una distinción que me parece relevante: la distinción entre hecho y objeto físico. Una noción ampliamente extendida de «hecho» hace depender de ellos la verdad o falsedad de nuestras creencias. Russell, por ejemplo, define precisamente a los hechos como *aquello* que hace verdaderas o falsas a nuestras creencias (en realidad, Russell habla indistintamente de proposiciones y creencias; Rafael Hernández Marín no cree en la existencia de proposiciones, esto es, cree que las proposiciones no existen, pero si *cree* que las proposiciones no existen, no puede negar que *hay creencias).* En palabras de Bertrand Russell:

> «Cuando hablo de un "hecho" -no me propongo alcanzar una definición exacta, sino una explicación que les permita saber de qué estoy hablando- me refiero a aquello que hace verdadera o falsa a una proposición. Si digo "Está lloviendo", lo que digo será verdadero en unas determinadas condiciones atmosféricas y falso en otras. Las condiciones atmosféricas que hacen que mi enunciado sea verdadero (o falso, según el caso), constituyen lo que yo llamaría un "hecho". Si digo "Sócrates está muerto", mi enunciado será verdadero debido a un cierto suceso fisiológico que hace siglos tuvo lugar en Atenas»[19].

[19] Bertrand Russell, «La filosofía del atomismo lógico», en J. Muguerza (selección), *La concepción analítica de la filosofía*, Alianza Universidad, pág. 144.

Pero si los hechos se definen de esta manera -como aquello que hace verdaderas o falsas a nuestras creencias-, entonces *los objetos físicos no son hechos*, porque ellos no hacen verdaderas o falsas a nuestras creencias:

> «Es preciso tener en cuenta -continúa Russell- que cuando hablo de un hecho no me refiero a una cosa particular existente, como Sócrates, la lluvia o el sol. Sócrates no hace por sí mismo verdadero ni falso a ningún enunciado (...) Cuando una palabra aislada alcanza a expresar un hecho, como "fuego" o "el lobo", se debe siempre a un contexto inexpresado, y la expresión completa de tal hecho habrá de envolver siempre una oración»[20].

De manera que, de acuerdo con una definición ampliamente asumida de «hecho» (como es sabido, en este punto Russell no es original) el texto de la ley no es un hecho, es un objeto físico. Su existencia sí es un hecho, así como la posesión de ciertas propiedades. Pero entonces, ¿existen los hechos o sólo existen los objetos físicos? Russell dice lo siguiente:

> «Lo primero en que he de hacer hincapié es en que el mundo exterior -el mundo, por así decirlo, que nuestro conocimiento aspira a conocer- no queda exhaustivamente descrito por medio de una serie de «particulares» [entre los que se encuentran los objetos físicos], sino debemos asimismo tener en cuenta lo que yo llamo hechos, los cuales corresponden al género de cosas expresadas mediante una oración y forman parte del mudo real en la misma medida que las sillas y las mesas particulares»[21].

Para comprender el mundo no nos basta con objetos particulares, sino que también necesitamos hablar de hechos: tenemos que hablar de cambios en el mundo físico, de acciones humanas, de la posesión de ciertas características por parte de los particulares, etc. Pero es obvio que los hechos no existen en el mismo sentido en que existen los particulares: que mi perro esté a la derecha de mi gato es un hecho, es algo con lo que hay que contar para describir el mundo, pero es obvio que el hecho de que mi perro esté a la derecha de mi gato tiene una existencia de un tipo peculiar (quizá debiéramos decir que los objetos particulares existen, pero los hechos suceden o tienen lugar o son el caso). De la misma manera, los sucesos físicos, las acciones, etc., «existen» (porque debemos contar con ellos para describir el mundo) en un sentido peculiar (distinto del sentido en que existen los objetos que cambian o los agentes que actúan).

Podemos extraer de todo esto tres conclusiones: (a) una concepción factualista o empírica del Derecho no tiene por qué ser necesariamente una concepción sobre el Derecho como un objeto físico, a diferencia de lo que parece pensar Rafael Hernández Marín (como veremos, esto es importante para poder determinar las condiciones de existencia de las reglas consuetudinarias,

---

[20] Bertrand Russell, «La filosofía del atomismo lógico», pág. 144.

[21] Bertrand Russell, «La filosofía del atomismo lógico», pág. 145.

y quizá también de los principios); (b) al distinguir entre objetos (o particulares) y hechos, debemos distinguir entre dos modos (o sentidos) de existencia (o de *lo que hay en el mundo*); (e) la decisión de introducir hechos junto con objetos físicos en la descripción de lo que hay es una decisión guiada por la necesidad de explicar mejor el mundo[22].

3. 2. La fiabilidad de la ciencia

Aunque hayamos distinguido entre objetos y hechos, podría decirse que una concepción empírica será aquella que se ocupa de objetos o hechos que pueden ser contrastados empíricamente; esto es, aunque haya dos modos de existencia -uno para los objetos y otro para los hechos-, puede postularse que ambos deben ser «sentidos empíricos de existencia» (los hechos también pueden ser susceptibles de comprobación empírica). En la medida en que la concepción estándar del Derecho haga referencia a entidades que no tienen una existencia empírica, entonces será una concepción idealista. Ahora el argumento del idealismo de la concepción estándar diría así:

> SEGUNDA formulación: «La concepción estándar es idealista porque admite hechos o particulares cuya existencia no puede ser comprobada empíricamente». Para enfrentamos a la nueva forma de esta objeción debemos tener presente la distinción entre *lo que realmente existe y lo que creemos que realmente existe*.

Filósofos de la ciencia de orientaciones bien diversas -Popper, Feyerabend, Kuhn, Lakatos, Quine, etc.- aceptan que la ciencia (cuya misión es conocer el mundo, para explicar, predecir o controlar los sucesos que ocurren en él) no es una empresa infalible. Todo conocimiento científico es -al igual que los acusados antes de ser declarados culpables- «presunto» conocimiento, y sigue siendo «presunto» aunque sea considerado verdadero. Continuando con las metáforas jurídicas, podemos decir que la ciencia no tiene *toda la verdad*, ni tampoco *nada más que la verdad*.

La inestabilidad de la ciencia presenta varias facetas:

a) En primer lugar, las teorías científicas nunca pueden dejar de ser meras estimaciones incompletas -aunque sean las mejores que podemos hacer- que avanzamos *desde la perspectiva de un conjunto de conceptos y conocimientos disponible en un momento determinado*. Cuando cambia este conjunto de conceptos (bien porque son revisados y modificados, bien porque son totalmente sustituidos tras lo que Kuhn llama una «revolución científica»),

[22] Y para hacerlo probablemente no nos baste con particulares y hechos, sino que tengamos que incluir también propiedades y, quizá, relaciones. Pero este es un tema donde no tendremos que entrar.

aparecen «nuevas realidades» ante nosotros, y puede que desaparezcan algunas de las «viejas realidades». «Es algo así -dice Kuhn- como si la comunidad profesional fuera transportada repentinamente a otro planeta, donde los objetos familiares se ven bajo una luz diferente y, además, se les unen otros objetos desconocidos»[23]. Y esta relatividad no es sólo un rasgo exclusivo de la ciencia, sino también de nuestra comprensión cotidiana del mundo y de nuestras discusiones filosóficas; y no sólo es relatividad respecto a nuestros conceptos, sino respecto a aspectos más básicos, como estructuras lingüísticas. Resultan sumamente curiosos -entre muchos otros- los estudios de Benjamín Whorf basados en el vocabulario y la gramática a propósito de una de las controversias ontológicas más venerables de nuestra cultura: la distinción entre forma y materia. La explicación de Whorf` de esta controversia es como sigue: Los europeos suelen emplear una «fórmula de recipiente» para referirse a aquellos «sustantivos de masa que designan continuos ilimitados» (agua, leche, madera, tela, etc.). Así, decimos «beber un vaso de agua», «coger un palo de madera» o «un pedazo de tela». Es esta característica del pensamiento la que ha predispuesto a los europeos para establecer la distinción entre «forma» y «materia» y a organizar su conocimiento en términos de «sustancias» que permanecen inmutables a través del tiempo. En cambio, entre los hopi los sustantivos mencionados no tienen el mismo matiz (no sugieren algo ilimitado), pueden decir «bebo un agua», por lo que -en opinión de Whorf- su mundo se ha construido como «un mundo de sucesos», y no un mundo de cosas o de sustancias[24].

b) En segundo lugar, como señala Nicholas Rescher, todas nuestras creencias aceptadas *pueden* resultar falsas, porque no podemos saltar el vacío entre lo que parece que es verdadero y lo que realmente es verdadero por medios lógicamente seguros: «es perfectamente posible -y no sólo *teóricamente*, sino *realmente* posible- que uno pudiera jugar correctamente el juego de la investigación científica con arreglo a todas las reglas aceptadas y, sin embargo, llegar a un resultado que no es verdadero»[25].

c) En tercer lugar, muchas de nuestras creencias aceptadas *resultarán* ser falsas. La historia nos ha enseñado que no hay razón para considerar nuestra ciencia actual como un sistema perfecto de conocimientos: «aprendemos mediante investigación empírica sobre la investigación empírica, y una de las principales cosas que aprendemos es que en ningún estadio real

---

[23] Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Fondo de Cultura Económica, 1994, pág. 176.

[24] Tomo la descripción de las investigaciones de Whorf de W. T. Jones, *Las ciencias y las humanidades*, Fondo de Cultura Económica, 1976, pág. 157 y ss.

[25] Nicholas Rescher, *Los límites de la ciencia*, Ed. Tecnos, 1994, pág. 112.

ofrece la ciencia un resultado definitivo e inmutable»[26]. Esto es lo que Rescher llama «copernicanismo cognitivo»: así como la revolución copernicana original implicó darnos cuenta de que nuestra posición en el espacio no supone ningún privilegio *ontológico*, ahora nos damos cuenta de que nuestra posición en el tiempo no supone ningún privilegio *cognitivo*[27].

La consecuencia de todo ello la expresa Kuhn en el siguiente párrafo:

> «No hay, creo, una forma de teoría independiente para reconstruir frases como "realmente ahí"; la noción de un paralelo entre la ontología de una teoría y su contraparte "real" en la naturaleza, ahora me parece un principio ilusorio; además, como historiador, estoy impresionado con la falta de plausibilidad de esta perspectiva. No dudo, por ejemplo, que la mecánica de Newton mejora a la aristotélica y que la de Einstein perfecciona la de Newton como instrumento para resolver enigmas. Pero no puedo ver en su sucesión ninguna dirección coherente de desarrollo ontológico».[28]

Estas consideraciones podrían llevamos a un escepticismo en materia científica; sin embargo, esta conclusión resulta descartable gracias al hecho de que, aunque no contamos nada más que con un «presunto» conocimiento, hoy es evidente que éste ha permitido un importante avance en el nivel tecnológico. Algunos autores, como Rescher, señalan que el progreso científico se manifiesta con mayor claridad en el hecho de que la ciencia aumenta cada vez más nuestra capacidad de resolución de problemas y control del mundo[29]. Volveremos sobre esto. Otra conclusión -que es la que deseo destacar ahora- es la necesidad de tener siempre presente la distinción entre *lo que realmente existe y lo que creemos que existe*, entre realidad y conocimiento, entre el mundo y nuestra imagen del mismo.

Una vez que distinguimos ambas esferas, parece razonable pensar que para que una concepción sobre cualquier cosa sea considerada una concepción empírica no es necesario exigir que trate sobre entidades que realmente existen (porque entonces nunca podríamos saber si una teoría es o no empírica), sino que debe bastamos con aseguramos de que trata sobre entidades que creemos que existen, o -si queremos ser coherentes con una visión científica del mundo-, que la ciencia cree que existen. Si modificamos consecuentemente el argumento contra la concepción estándar, éste diría lo siguiente:

> TERCERA FORMULACIÓN: «La concepción estándar es idealista porque admite hechos o particulares de un tipo que los científicos creen que no existe».

---

[26] Nicholas Rescher, *Los límites de la ciencia*, pág. 113.

[27] Nicholas Rescher, *Los límites de la ciencia*, pág. 116.

[28] Thomas S. Kuhn, *La estructura de las revoluciones científicas*, Posdata de 1969, pág. 314.

[29] Nicholas Rescher, *Los límites de la ciencia*, pág. 121.

Para enfrentamos a esta nueva versión del argumento debemos preguntamos por los criterios que usamos (que los científicos usan) para llegar a las creencias sobre lo que existe.

3. 3. La dimensión pragmática de nuestras creencias sobre lo que existe

Hemos visto que la realidad «que está ahí fuera» no se nos impone de una manera definitiva sino que, más bien al contrario, se escurre entre las mallas de nuestras redes teóricas y cambia según la red que usemos. Con esto no quiero decir que la realidad no se nos imponga *en alguna medida*. La postura que pretendo sostener no niega la existencia de hechos y objetos reales, sino que trata de reconciliar dos ideas, una sugerida por el sentido común y otra sugerida por la filosofía y la historia de la ciencia: por un lado, que existe una realidad objetiva; por otro lado, que nuestra percepción de esa realidad está influida en un grado importante por determinados condicionamientos conceptuales y estructuras mentales[30].

Lo que creemos sobre el mundo es una imagen que hemos construido nosotros mismos de algo realmente existente. Y somos conscientes de ello. Lo asombroso de todo este asunto es que al mismo tiempo que actuamos como si nuestro conocimiento fuera realmente verdadero, no tenemos seguridad de que lo sea. Tenemos que conciliar ambas cosas. ¿Por qué seguimos investigando? ¿Por qué asumimos nuestras verdades como si describieran realmente lo que existe, a pesar de todas nuestras dudas? ¿Por qué no abandonamos la empresa científica y volvemos al mito y la superstición?

La respuesta (o una de las respuestas), como he adelantado antes, es que la ciencia, a pesar de sus imperfecciones, es un instrumento sumamente útil; el conocimiento científico permite un desarrollo tecnológico que cada vez nos abre más posibilidades de transformación del mundo. La curiosidad no es el único estímulo para la investigación científica, porque sabemos que esa curiosidad nunca podrá ser realmente satisfecha. El mayor estímulo es probablemente la recompensa que podemos obtener en el nivel tecnológico, porque en este nivel sí parece haber progreso:

> «En el fondo, el progreso de la ciencia se manifiesta de la manera más clara en los aspectos prácticos, más bien que en los teóricos. El progreso de la ciencia depende crucialmente de sus *aplicaciones*; estriba en la dimensión pragmática de esta empresa -en el éxito creciente de sus aplicaciones a la resolución y

---

[30] Esta postura es la que Rescher llama «interaccionismo». Véase Anna Estany, *Introducción a la filosofía de la ciencia*, Ed. Crítica, 1993, pág. 46. En este libro puede encontrarse un resumen de las distintas actitudes ontológicas (realismo, relativismo, etc.). En el artículo de Quine, «Acerca de lo que hay» (en Willard Van O. Quine, *Desde un punto de vista lógico*, ed. Orbis, 1984), encontramos también un resumen de las distintas actitudes y criterios relacionados con la «decisión ontológica».

control de problemas, en que provea un dominio de la naturaleza no sólo cognitivo, sino también físico»[31].

Si nos damos cuenta de la importancia que la dimensión pragmática tiene en nuestro conocimiento teórico como recompensa y estímulo, no nos debe costar reconocer lo que constituye la otra cara de la misma moneda: el hecho de que entre los criterios que usamos para dar por existente una entidad, ocupen un lugar importante factores pragmáticos. No sólo escogemos una u otra concepción del mundo guiados por ellos, sino que los científicos han acabado incluso aceptando la existencia de entidades que no podemos comprobar empíricamente, pero que aumentan nuestra capacidad de explicar, predecir o controlar acontecimientos. Esto es ya un fenómeno generalizado, y en la mayoría de las ciencias -incluso en física- contamos, junto con los «conceptos observacionales», con los llamados «conceptos teóricos», que no pueden ser comprobados empíricamente pero nos resultan útiles o incluso necesarios. Conceptos como el de gravedad, electrón, campo magnético, gen, virus, etc. son conceptos teóricos[32].

Por supuesto, la admisión de conceptos teóricos no implica que cualquier concepto que imaginemos pueda ser introducido en una ciencia; debe haber alguna justificación para introducirlo. Sólo si nos resultan de utilidad para explicar, predecir o controlar el mundo está justificado que se introduzcan. El concepto de gravedad, por ejemplo, es «una fabricación de nuestra mente para que logremos nosotros una explicación del universo, mejor que otras posibles, que nos capacita para hacer previsiones de acontecimientos futuros, como la fecha exacta de los eclipses o la precisión de la órbita de un satélite artificial al que enviamos para explorar otros planetas de nuestro sistema solar»[33].

¿Hasta qué punto son sólo ficciones los conceptos teóricos? Si tales conceptos teóricos cumplen la función de ayudamos a comprender y controlar el mundo, podemos llegar a pensar incluso que no son meras ficciones, que algo de realidad hemos atrapado con ellos, que es posible que hagan referencia a algo existente «ahí fuera». Esto es lo que parece sugerir el siguiente párrafo de Einstein e Infeld a propósito del concepto de «campo magnético»:

> «El concepto de campo fue, en un principio, sólo un medio para facilitar la explicación de los fenómenos eléctricos desde un punto de vista mecánico (...)

---

[31] Nicholas Rescher, *Los límites de la ciencia*, pág. 121.

[32] Sobre la distinción entre ambos tipos de conceptos, puede verse, por ejemplo, Anna Estany, *Introducción a la filosofía de la ciencia*, págs. 100 y ss. Sobre esta distinción en el ámbito de las ciencias sociales, puede verse Richard S. Rudner, *Filosofía de la ciencia social*, Alianza Universidad, 1980, págs. 44 y ss.

[33] Manuel Trevijano Etcheverría, *En torno a la ciencia*, Ed. Tecnos, 1994, pág. 121-122.

> Lentamente, y a través de una verdadera lucha, el concepto de campo alcanzó un lugar de privilegio en la física y ha continuado siendo uno de los conceptos básicos de la misma. El campo electromagnético es para el físico moderno tan real como la silla sobre la cual se sienta»[34].

Quizá podría recapitularse lo dicho hasta aquí recordando que debemos tener presente la distinción entre (1) el mundo de lo que realmente existe ahí fuera y (2) la imagen del mundo que hemos construido. Esta imagen incluye (2. 1) aquellas cosas que creemos que existen porque en la medida de lo posible hemos comprobado que existen (de acuerdo con, y con las limitaciones de, nuestro paradigma conceptual actual) y (2. 2) aquellas cosas que creemos que existen porque, aunque no podamos comprobarlos empíricamente, si no postuláramos su existencia, no podríamos explicar, predecir o controlar un sector importante del mundo.

Respecto a nuestra imagen del mundo, a nuestras creencias acerca de lo que realmente existe, hemos visto (a) que elegimos una teoría científica y la concepción ontológica que presupone en lugar de otra teoría y otra concepción ontológica en función de su potencial explicativo y práctico, y (b) que postulamos la existencia de ciertas entidades (hechos o particulares) porque de esta manera aumentamos también el potencial explicativo y práctico de una teoría[35].

Trasladando todo esto a nuestro problema inicial -la objeción de idealismo contra la concepción estándar del Derecho-, tendríamos que reformular el argumento como sigue:

---

[34] Albert Einstein y Leopold Infeld, *La evolución de la física*, Salvat, 1993, pág. 122.

[35] Cuando me refiero a la dimensión pragmática de nuestra imagen (científica) del mundo no estoy tratando de sugerir un criterio de demarcación de la ciencia. En las páginas anteriores no he pretendido afirmar que es ciencia todo aquello que permite explicar, predecir o controlar mejor el mundo, o un aspecto del mismo, sino exclusivamente destacar que el criterio para determinar qué entidades se admiten en una teoría científica es en última instancia un criterio práctico: se admiten aquellas entidades que resultan más útiles para explicar, predecir o controlar el conjunto de fenómenos que constituyen el objeto de estudio de tal ciencia. Este criterio guarda cierta relación con el concepto de verdad de William James. En opinión de Juan Antonio Pérez Lledó podemos distinguir dos criterios en la teoría de la verdad de James: un criterio pragmático «débil» y un criterio pragmático «fuerte». De acuerdo con el criterio «débil» una creencia es verdadera cuando tiene utilidad cognoscitiva (esto es, cuando nos permite ordenar, clasificar, asimilar o integrar nuevos datos en nuestro conocimiento); de acuerdo con el criterio «fuerte», una creencia es verdadera cuando tiene utilidad práctica en la vida (Juan Antonio Pérez Lledó, *El instrumentalismo jurídico en Estados Unidos*, inédito). Si trasladamos esta distinción a nuestro criterio de existencia, creo que, para evitar una excesiva multiplicación de entidades, deberíamos exigir ambos criterios conjuntamente: esto es, la postulación por parte de los científicos de la existencia de una entidad debe ser coherente con el resto del conocimiento del que disponemos y, además, debe tener utilidad para los fines de la ciencia (por ejemplo, debe permitir explicar mejor algún suceso). Sin embargo, el primero de los requisitos (la coherencia con el resto de nuestro conocimiento) ha de ser tomado con ciertas precauciones, pues en caso contrario puede convertirse en un criterio excesivamente conservador.

CUARTA FORMULACIÓN: «La concepción estándar del Derecho es idealista porque acepta hechos y particulares cuya existencia no es necesaria para explicar, predecir o controlar ningún fenómeno relevante relacionado con el Derecho».

Ahora el argumento tiene una forma totalmente nueva, y ya no resulta tan evidente el carácter idealista de la concepción estándar. Como en cierto sentido la discusión ha dejado de ser teórica para ser práctica (ahora se trata de determinar qué teoría, si la realista o la estándar, es más útil para explicar, predecir o controlar algún fenómeno relevante relacionado con el Derecho, y no cuál presupone una ontología «más ajustada a la realidad»), retrasaré la defensa frente a este argumento hasta llegar a los argumentos prácticos de Rafael Hernández Marín.

4. El argumento de la «solidez»

4. 1. La pretendida «debilidad» de la concepción estándar

El tercer argumento de Rafael Hernández Marín contra la concepción estándar del Derecho plantea la debilidad de esta última frente a la mayor solidez de la concepción realista pura. Esta mayor debilidad se debe a dos razones: En primer lugar, la concepción estándar presupone la existencia de muchas más cosas que la concepción realista (la concepción realista sostiene solamente que existe el texto de la ley, mientras que la concepción estándar sostiene también la existencia del Derecho consuetudinario, de proposiciones o cuasiproposiciones legales, de principios generales del Derecho, etc.). Esto constituye un defecto, porque «es obvio que cuanto más cosas presuponga una doctrina, tanto más débil resulta, dado que el riesgo de equivocarse es mayor. Dicho en dos palabras: cuanto más habla uno, más fácil es equivocarse»[36]. En segundo lugar, la concepción estándar es también más débil porque sus tesis ontológicas «son en sí mismas más que dudosas; dudosas incluso para filósofos que admitan la existencia de entidades ideales. De hecho, ni siquiera las doctrinas ontológicas actuales más tolerantes las aceptarían»[37].

Estos argumentos pierden fuerza si se tiene en cuenta el papel de los factores pragmáticos en la construcción de nuestra imagen del mundo y la aceptación de entidades teóricas en las ciencias[38]. Además, como veremos

[36] Rafael Hernández Marín, «La concepción...», pág. 351.

[37] Rafael Hernández Marín, «La concepción...», pág. 351.

[38] No obstante, es cierto que existen teorías actuales cuyo compromiso ontológico es ciertamente asombroso (y demasiado arriesgado). Una manera de rebatir el segundo argumento -según el cual las teorías ontológicas actuales más tolerantes no admitirían la concepción estándar- consiste en proporcionar ejemplos de estas teorías. Ahí va uno: Se ha formulado una

más adelante, ni los principios generales del Derecho ni mucho menos las reglas consuetudinarias son en realidad entidades puramente teóricas. No obstante, voy a recordar un ejemplo histórico -sin duda conocido- ante el que podemos plantearnos cómo hubiera sido la historia de nuestra ciencia si no se hubiera arriesgado una hipótesis altamente improbable en su tiempo.

4. 2. Las dudas de Galileo

Hacia el final de 1609 Galileo comenzó a dedicarse apasionadamente a la observación de los cuerpos celestes[39]. El 7 de Enero de 1610 dirigió casualmente su telescopio hacia Júpiter y vio tres pequeñas estrellas, demasiado pequeñas para ser percibidas a simple vista. Podemos representar la posición de estas estrellas respecto al planeta con el siguiente esquema («o» representa a Júpiter):

* * o *

Estas estrellas no habían sido observadas con anterioridad, pero esto no tenía nada de extraño, pues dondequiera que se apuntara un telescopio tan potente como el suyo se observaban estrellas que ningún hombre había visto. Aunque no había nada extraordinario en ellas -«llevado por alguna extraña fatalidad», nos dice-, Galileo volvió a mirar hacia Júpiter la noche siguiente. Lo que vio entonces fue esto:

o * * *

¡Pero eso sí que era extraordinario! Más que extraordinario, ¡era imposible! Todo el mundo sabía y había sabido desde hacía siglos que los únicos objetos móviles que había en el cielo eran los siete planetas. Todas las demás estrellas estaban inmóviles, incrustadas en una esfera cristalina que giraba en

---

teoría que trata de explicar los sucesos mentales llamada funcionalismo homuncular. Para el funcionalismo homuncular: «las funciones cognitivas son realizadas por un hombrecillo (*homunculus*) que tenemos dentro de la cabeza». Pero la cosa no queda ahí. Postular que nuestras funciones mentales las realiza un hombrecillo que vive dentro de nuestra cabeza plantea un serio problema de regreso al infinito, pues ¿quién realiza las funciones del homúnculo que vive dentro de nuestra cabeza? ¿Un hombrecillo más pequeño? Para resolver esta objeción, el funcionalismo homuncular «apoya la postulación de homúnculos dentro de una persona, pero evita la objeción del regreso postulando un gran número de ellos, cada uno de los cuales es más estúpido que el sistema global pero realiza una tarea necesaria para todo el sistema». El último de ellos, el más estúpido (y más pequeño) de todos, realiza una tarea puramente mecánica, que puede explicarse sin postular otro hombrecillo. Aunque una primera reacción ante esta teoría podría ser la de considerarla una broma, serios filósofos de la mente mencionan esta teoría y le prestan atención (Becthtel, Dennet, Lycan, etc.). Comparada con el funcionalismo homuncular, yo diría que la concepción estándar del Derecho no resulta en absoluto disparatada. Véase William Becthtel, *Filosofía de la mente. Una panorámica para la ciencia cognitiva*, Ed. Tecnos, 1991, pág. 162.

[39] Galileo dejó escritas sus observaciones y razonamientos en un libro publicado en 1610: El mensajero sideral. Tomo la narración de este hecho de W. T. Jones, *Las ciencias y las humanidades*, págs. 20 y ss.

un movimiento cotidiano y formaba una especie de telón de fondo, muy lejos, detrás de los planetas móviles. Puesto que sólo había siete planetas, las estrellas que se descubrieran debían ser estrellas fijas (y no podía haber más de siete planetas, porque se creía que su número había sido establecido por la voluntad divina como un recuerdo constante de las siete virtudes que deberíamos cultivar y los siete vicios que deberíamos repudiar). De manera que era imposible que las estrellas se movieran, pero se habían movido.

Galileo invitó a un colega de la Universidad de Padua a observar las tres nuevas estrellas, pero éste se negó a aceptar la invitación aduciendo que o bien Galileo estaba equivocado y no había estrellas móviles o bien era peligroso mirarlas. Galileo no se desanimó. La noche del 9 estuvo nublado, pero la noche del 10 vio las estrellas de esta forma:

* * o

Las estrellas habían vuelto a moverse, y una de ellas había desaparecido. Galileo trató de encontrar una solución al enigma. Había muchas probabilidades de que la observación fuera falsa, de que estuviera equivocado. Se trataba de comparar una observación con una creencia firmemente arraigada a escala mundial y desde hacía mucho tiempo. No obstante, a pesar de lo altamente improbable que parecía su teoría, arriesgó la siguiente explicación: Las tres estrellas no se encontraban sujetas a la esfera de las estrellas fijas, sino que debían estar girando alrededor de Júpiter, podían ser en realidad tres satélites; de esta forma se explicaría su movimiento y la desaparición de una de ellas (era invisible desde la Tierra porque estaba pasando detrás de Júpiter).

La solución de Galileo implicaba un nuevo esquema conceptual que impulsaría un profundo cambio no sólo de la astronomía, sino de la perspectiva del mundo en general. Tras la revolución que ejemplifica esta anécdota, el mundo no volvió a ser el mismo (por ejemplo, la imagen del mundo como el resultado de la voluntad divina comenzó a ser sustituida por una imagen científica del mismo: Dios se replegó a los cielos, o incluso más allá de ellos). Pero lo que debemos destacar de esta anécdota es que Galileo acertó porque arriesgó una hipótesis altamente improbable (tan improbable entonces como lo es ahora para nosotros el atravesar paredes sólidas o mover objetos físicos con el poder de la mente[40]). Podría haber callado -como su colega de la Universidad-, y no haber corrido el riesgo de equivocarse. Pero entonces no podría haber acertado (en el sentido de «acertar» que implica desarrollar una teoría que permite explicar, predecir o controlar mejor el mundo).

[40] Claro que esta observación no debe tomarse como un incentivo para creer las cosas más inverosímiles... mientras no tengamos certeza (epistemológica) de que son verdaderas.

La contrapartida del argumento que se basa en el hecho de que cuanto más se dice más riesgo hay de equivocarse es que cuanto menos se dice menos probabilidad tenemos de acertar. Ni el nacimiento de la filosofía ni el de la ciencia, ni su historia, hubiera sido posible si el miedo a la equivocación hubiera impedido a los primeros filósofos aventurar sus -improbables- opiniones.

5. El argumento del error metodológico. ¿Qué es «el texto de la ley»?

Para Hernández Marín la concepción estándar incurre en el error metodológico de no permitir distinguir entre aquellas teorías jurídicas que requieren un compromiso ontológico restringido (sólo existe el texto de la ley) y aquellas que requieren de un compromiso amplio (también existen principios generales del Derecho, normas consuetudinarias, valores, etc.). Pero esta objeción resulta debilitada si nos damos cuenta de que «el texto de la ley» al que hace referencia Hernández Marín no es una entidad menos problemática que, por ejemplo, las normas consuetudinarias. ¿Qué es el «texto de la ley»? Hay varias interpretaciones posibles de la expresión, y Hernández Marín no aclara a qué se está refiriendo, aunque se supone que es la única entidad jurídica que realmente existe. Puesto que el texto de la ley es un objeto físico, debemos pensar que se trata de unas marcas concretas (letras) sobre un papel (mientras no se use un soporte informático) a las que atribuimos un significado. Pero resulta que hay muchos objetos físicos candidatos a ser «el texto de la ley»: el texto aprobado por los parlamentarios (pero es de suponer que cada uno tendrá una copia), el texto que se remite al rey para su promulgación, el texto que se remite al B. O. E. para su publicación, la primera copia que sale de la imprenta del B. O. E. (¿habrá que esperar veinte días para que el texto forme parte del Derecho?), la segunda copia, la tercera,... las publicaciones de las editoriales jurídicas, los apuntes de los estudiantes que copian literalmente los artículos que se reproducen en estas publicaciones, etc. ¿Es alguno de éstos el «texto de la ley»? ¿Lo son todos? ¿Si lo son todos, qué pasa si no coinciden -por ejemplo, por erratas-?

El hecho de que Hernández Marín se refiera genéricamente al «texto de la ley», sin especificar a cuál de estos textos, puede hacer pensar que esta expresión hace referencia más bien (como ocurre con su uso común) a una abstracción a partir de estos textos realmente existentes. Pero, en este caso, el «texto de la ley» no es un objeto físico.

Éstas son algunas de las preguntas que habría que aclarar antes de afirmar que la entidad «el texto de la ley» es menos problemática que el resto de entidades asumidas por la concepción estándar y reclamar la distinción entre teorías que requieren de uno o de otro compromiso ontológico.

6. El argumento de que la necesidad práctica no implica la existencia. ¿Son las reglas consuetudinarias, los principios, etc. conceptos puramente teóricos?

«El partidario de la concepción estándar -escribe Hernández Marín- comete un error... al argumentar que existen reglas jurídicas no legales, dado que éstas son necesarias»[41]. Este argumento también es fácilmente sorteable una vez que somos conscientes de la distinción entre (1) lo que realmente existe y (2) lo que creemos que existe. Es cierto que la necesidad práctica y (1) son independientes. Pero, dado que nuestras creencias acerca de lo que existe están influidas por nuestras necesidades prácticas, surge una relación de dependencia entre (2) y éstas. Esta dependencia, que se da también en las ciencias de la naturaleza, se muestra con mayor evidencia en las ciencias humanas, simplemente porque el problema del conocimiento objetivo aparece en ellas con mayor énfasis.

No obstante, quisiera hacer dos matizaciones:

i) En primer lugar, resulta exagerado decir que creemos que existe todo aquello que necesitamos que exista. Una descripción más adecuada de esta relación es la que hemos visto más arriba: (1) entre dos teorías, escogemos aquella que permite explicar, predecir o controlar mejor nuestro objeto de estudio; (2) cuando un concepto teórico que hemos introducido con fines explicativos (o predictivos o de control) cumple satisfactoriamente su función, acabamos otorgando «status de entidad existente» a su referencia (creemos que realmente existe una fuerza de gravedad, y no sólo que los objetos actúan como si existiera).

ii) En segundo lugar, cuando se trata de sostener la existencia de normas consuetudinarias o principios no es necesario equiparar estos conceptos a conceptos puramente teóricos. Algunos filósofos de la ciencia sostienen que todos los conceptos observables están también cargados de teoría y que todos los conceptos teóricos presentan alguna manifestación empíricamente contrastable. La distinción entre ambos tipos de conceptos podría verse como un continuo entre dos extremos, en los que rara vez se sitúa un concepto. Seguramente, las reglas consuetudinarias y los principios se pueden explicar a partir de hechos (no sólo objetos físicos) observables. Hart, por ejemplo, señala las siguientes condiciones de existencia de las reglas sociales (cito una reconstrucción de Juan Carlos Bayón):

> «Sintéticamente, para Hart se puede afirmar que existe en el grupo G una regla social a tenor de la cual "todo S debe hacer ∅ en las circunstancias C" si y sólo si:

[41] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar...», pág. 355.

1) Existe de hecho una cierta regularidad de comportamiento, es decir, dentro de G la mayor parte de los S hacen ∅ en la mayor parte de las ocasiones en las que concurren las circunstancias C;

2) las desviaciones respecto al comportamiento regular son motivo de crítica (...)

3) las conductas consistentes en manifestar esas reacciones críticas no suscitan a su vez reacciones críticas ulteriores por parte de los miembros de G (...)

4) los miembros de G -o al menos algunos de ellos- adoptan una "actitud crítica reflexiva" que se manifiesta en el uso del lenguaje normativo (esto es, de términos deónticos como "deber") y en apelaciones a la regla en cuestión para justificar a) por qué ellos mismos -si pertenecen a la clase de sujetos S- hacen ∅ cuando concurren las circunstancias C; b) por qué critican a los S cuando se desvían de esa pauta de conducta-, y c) por qué no consideran a su vez objeto de crítica la manifestación de esas reacciones críticas» [42].

Si se admite la existencia de hechos -y no sólo de objetos físicos-, en estas condiciones no parece haber nada cuya admisión exija un elevado grado de «idealismo». Por lo que respecta a los llamados principios generales del Derecho, hay que distinguir entre principios explícitos y principios implícitos[43]. Los primeros son aquellos que se encuentran mencionados explícitamente en «el texto de la ley» (como el reconocimiento en el artículo 14 de nuestra Constitución del derecho a la igualdad ante la ley); éstos pueden ser vagos y de difícil precisión, pero en la medida en que se encuentran en el «texto de la ley» su existencia no puede plantear problemas distintos a los de cualquier otra regla a una concepción como la de Hernández Marín. Los principios implícitos no se encuentran explicitados en el texto de la ley (no existen como formulación lingüística), pero sus condiciones de existencia y su contenido se pueden determinar sin recurrir a postular la existencia de entidades que carezcan por completo de conexión con la realidad. No puedo desarrollar aquí una formulación precisa que establezca los criterios de existencia de los principios implícitos, pero algunos ingredientes no sistematizados de la misma podrían ser los siguientes:

a) Una manera de concebir la relación entre los principios y las reglas consiste en partir de una concepción «de arriba a abajo» o «deductiva», como cuando los principios se ven como pautas de una moral objetiva a las cuales tienen que ajustarse el resto de normas. Plantearse si esta concepción nos obligaría a postular entidades puramente ideales nos lleva a la cuestión que Nino ha llamado la relación entre la praxis humana y la constitución de la moral. El proyecto kantiano de derivar la moral a partir de ciertos presupuestos

---

[42] Juan Carlos Bayón, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 449.

[43] Sobre esta distinción véase Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, Ed. Ariel, 1996, pág. 6 y ss.

del razonamiento práctico individual; el de Allan Gewirth de derivarlos de los presupuestos de las acciones intencionales; o el de Apel, Habermas y el propio Nino de derivarlos de los presupuestos de la práctica social de la discusión moral[44], son intentos de construir los principios morales como entidades con «anclaje» en una realidad que experimentamos más directamente. Pero afortunadamente no necesitamos entrar en estas cuestiones para fundar los principios generales del Derecho en tales realidades más próximas, porque podemos adoptar una concepción «inductiva» o «de abajo a arriba», para la cual los principios generales del Derecho son abstracciones y generalizaciones a partir de normas que sí se encuentran explicitadas en el texto de la ley; desde esta perspectiva, los principios jurídicos constituyen algo así como la «ideología» de un ordenamiento jurídico y se encuentran en una relación de interdependencia respecto al resto de normas del ordenamiento (en el sentido de que, por un lado, cuando cambian algunas de las reglas y principios explícitos del ordenamiento, pueden cambiar los principios implícitos y, por otro lado, sirven de criterio de interpretación a estas normas y principios explícitos)[45].

b) Otra posibilidad (que no tiene por qué excluir a la anterior) consiste en considerar a los principios jurídicos (o a algunos de ellos) como procedentes, no de una moral objetiva, sino de la moral social o positiva de una comunidad, en cuyo caso estos principios son susceptibles de un análisis en términos de creencias compartidas y actitudes críticas semejante al de regla social.

c) De acuerdo con algunas distinciones sobre los principios (Dworkin; Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, etc.) cabe distinguir entre directrices y principios en sentido estricto[46]. Las primeras son aquellas que determinan qué objetivos o finalidades debe perseguir el ordenamiento jurídico. Tratar de derivar los objetivos y finalidades implícitos en las instituciones jurídicas o en determinados sectores del ordenamiento jurídico a partir de su funcionamiento y de sus reglas, directrices y principios explícitos no puede plantear problemas cualitativamente distintos de los que pueda plantear tratar de derivar los propósitos individuales, proyectos de futuro y planes de vida de un sujeto a partir de su conducta y de sus creencias, opiniones e intereses conocidos.

---

[44] Carlos S. Nino, *Derecho, moral y política*, Ed. Ariel, 1994, pág. 164 y ss.

[45] Ésta es la postura de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero en *Las piezas del Derecho*, pág. 24, donde afirman que «"X es un principio implícito" de una determinada institución, sector normativo o sistema jurídico es lo mismo que afirmar que las reglas y principios explícitos correspondientes son coherentes con X y que a tales reglas y principios explícitos, entendidos como formulaciones lingüísticas, debe adscribírseles un contenido proposicional que resulta coherente con X».

[46] Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, pág. 5.

7. El argumento práctico: los problemas de las «reglas correctoras de la legalidad». Sobre la necesidad práctica del Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho

Es aquí donde se produce el enfrentamiento decisivo entre la concepción realista y la concepción estándar. Será preferible aquella concepción que permita explicar, predecir o controlar mejor algún aspecto relevante del Derecho o su práctica. Ahora bien, como la concepción estándar es familiar para la mayoría de juristas (por ello es estándar), en lugar de repetir sus virtudes y defectos voy a limitarme a presentar las razones por las que la alternativa realista no es una buena alternativa:

(1) Para Hernández Marín, uno de los problemas prácticos donde se muestra que la concepción realista pura es preferible a la concepción estándar es el problema de las reglas legales que se consideran injustas, insatisfactorias o inadecuadas. Señala Hernández Marín que este problema puede ser reconocido por los realistas porque «admitir la existencia de leyes injustas no implica asumir la existencia de una entidad ideal, "el valor justicia"»[47]. De acuerdo con este argumento, es posible afirmar coherentemente «yo creo que esta ley es injusta» y «no creo en el valor de justicia». Pero, ¿son realmente compatibles ambas afirmaciones?

a) Supongamos que alguien dice «Yo creo que esta casa es grande», y a continuación «no creo en la propiedad "tamaño"». En este caso, o bien concluimos que «grande» significa para él algo distinto que para nosotros (y no relacionado con el tamaño) o bien que alguna de sus dos afirmaciones no son ciertas, porque no es posible predicar de un objeto una propiedad y luego negar la existencia de esa propiedad. De la misma manera, un escéptico no puede afirmar que una ley es injusta (o justa) y negar creer en esa propiedad. Por supuesto, puede negar que exista la propiedad como una entidad separada del objeto del que la predica, pero esto sólo significa que las propiedades tienen un tipo de existencia distinto al de los objetos, no que no existan (en el sentido de necesidad para describir el mundo).

b) Es posible que al decir «no creo en el valor justicia» el escéptico no quiera decir en realidad que no cree en la justicia, sino que no cree en la objetividad de la justicia. Por el contrario, algo es injusto porque él le atribuye tal propiedad (bien porque *siente* que es injusto, bien porque su atribución lo constituye como tal). Por tanto, cuando afirma «esta ley es injusta» está diciendo «esta ley es injusta porque para mí es injusta». Pero sostener una definición de justicia según la cual «justo (o injusto) es aquello que para

[47] Rafael Hernández Marín, «La concepción...», pág. 354.

mí es justo (o injusto)» plantea enormes problemas[48]: el más grave es que sitúa a los juicios morales fuera de la discusión racional, por lo que no puede fundamentar a partir de ellos ninguna conclusión que afecte a quien no comparta sus juicios. Si esto es lo que se quiere decir al afirmar «no creo en el valor justicia», es cierto -como afirma Hernán dez Marín- que el realista puede plantearse el problema de la justicia de las leyes, pero simplemente para decir que una ley es injusta (o justa) porque para él es injusta (o justa). Una vez llegados a esta afirmación casi tautológica, no puede seguir discutiendo. No hay que dar mayor consideración a su afirmación que si nos dijera que prefiere la mermelada de naranja amarga o los huevos poco hechos. Pero ésta es una actitud contraria a intuiciones lingüísticas ampliamente compartidas. En palabras de Norbert Hoester: «quien pronuncia un juicio moral formula, tácitamente, la pretensión de que su juicio está en condiciones de resistir una prueba racional, es decir, que, en última instancia, todos aquellos que son sobrios en sus opiniones, imparciales y desprejuiciados y están bien informados -cosa que él mismo pretende ser-, si se ponen a considerar la cuestión, coincidirán con su juicio»[49].

(2) Señala Hernández Marín que para regular la solución de los casos en los que las reglas legales presentan deficiencias, la doctrina y los legisladores -que suscriben mayoritariamente la concepción estándar- formulan *reglas correctoras de la legalidad* (RCL), que establecen cuándo recurrir a la analogía, cuándo declarar nulo un acto por fraude de ley, cuándo recurrir al Derecho consuetudinario o a los principios generales del Derecho, etc. Las RCL, en su opinión, plantean un grave problema de seguridad jurídica, pues padecen de vaguedad en sus supuestos de hecho («fraude de ley», «caso no regulado por una regla legal, pero semejante a otro sí regulado», etc.)[50]. Ahora bien, una concepción realista también debería ofrecer soluciones a los casos que prevén las RCL, y la vaguedad de estos supuestos de hecho no es algo que la concepción realista pueda solucionar. Por lo tanto la vaguedad del supuesto de hecho de las RCL no es un argumento contra la concepción estándar.

(3) El problema de inseguridad se agrava porque las RCL también padecen de vaguedad respecto a las consecuencias que prevén: «el conjunto de los principios (generales) del Derecho, el de las normas del Derecho natural

[48] Algunos de ellos serían los siguientes: (1) la definición incurre en un error lógico, al incluir el término que se quiere definir en la frase que lo pretende definir; (2) se excluye la posibilidad de genuina discusión acerca de la justicia, pues las discrepancias se reducen a diferencias de actitud; (3) una misma ley puede ser simultáneamente justa e injusta, pues diferentes personas pueden tener diferentes actitudes hacia la misma ley; etc.

[49] Norbert Hoester, *Problemas de Ética Normativa*, Ed. Fontamara, 1992, pág. 154.

[50] Rafael Hernández Marín, «La concepción...», pág. 356.

o el conjunto de los valores jurídicos son conjuntos más que borrosos, nadie sabe con certeza todo lo que incluyen o todo lo que excluyen»[51]. Son posibles varias objeciones a este argumento:

i) Si es cierto que no existen estas entidades, como sostiene la concepción realista, entonces no puede haber «conjuntos borrosos» de principios, valores, etc. , sino simplemente conjuntos vacíos, con lo cual no cabe ninguna vaguedad. La crítica a la vaguedad de estos conjuntos sólo es una crítica que pueda realizarse si se abandona la concepción realista, es decir, es una crítica interna a la concepción estándar.

ii) Supongamos que alguien nos dice: «Los unicornios no existen, y aun admitiendo que existieran, tendrían mal carácter». ¿Es esto una objeción a la existencia de los unicornios? No lo es. De la misma manera, el argumento según el cual «los principios, etc. no existen, y si existieran, serían vagos» tampoco es un argumento contra la existencia de los principios, etc. ¿Puede ser un argumento para negar la conveniencia de que creamos en ellos? Sólo lo sería si (a) creer en los principios, etc. fuera totalmente inútil o (b) existiera una alternativa mejor. Respecto a (a), está claro que del hecho de que los principios, etc. sean vagos se puede concluir que en algunos casos serán inútiles, pero no que en todos los casos lo sean. (b) nos lleva a analizar la alternativa propuesta por Hernández Marín.

(4) Frente a las RCL, Hernández Marín propone una *regla realista correctora de la legalidad* (RRCL), que permitiría «la formulación de decisiones *prudenciales* (esto es, decisiones que no tienen otra base que la conciencia, prudencia, sentimientos, etc., de los jueces) sólo a las instancias superiores de la magistratura, siempre que no perjudiquen a un particular, y en aquellos casos en que la inconveniencia de la decisión *legalista* (basada en el texto literal de la ley), dictada por el órgano inferior, sea grande y patente»[52]. Sin embargo, esta regla no sirve para solucionar el problema de seguridad que plantean las RCL, porque tiene tres focos de inseguridad: (a) son los jueces los que estiman la inconveniencia de la decisión *legalista*, y deben hacerlo exclusivamente de acuerdo con su propio criterio (sin contar con la guía de los principios generales, los valores, etc.); (b) son los jueces los que estiman, de acuerdo exclusivamente con su propio criterio, si hay o no perjuicio a un particular[53]; (c) los jueces deben decidir de acuerdo con su propia conciencia, sentimientos, prudencia, etc.

---

[51] Rafael Hernández Marín, «La concepción...», pág. 357.

[52] Rafael Hernández Marín, «La concepción...», pág. 359.

[53] Obsérvese que el requisito de que la RRCL no perjudique a un particular excluye su aplicación en pleitos civiles, ya que en éstos siempre habrá perjuicio a uno de los particulares pleiteantes.

Una vez advertido esto, nos encontramos ante la siguiente alternativa:

(a) O bien los principios generales del Derecho, las reglas consuetudinarias, etc. no existen, en cuyo caso los jueces, a pesar de las RCL, resuelven de hecho los casos de leyes inadecuadas recurriendo a su propia conciencia, sentimientos, prudencia, etc., por lo que la RRCL es superflua desde el punto de vista práctico.

(b) O bien existen tales entidades, en cuyo caso optar por la RRCL es la peor elección porque deja la decisión al arbitrio del juez en lugar de remitir a criterios que, aun siendo vagos, no son totalmente subjetivos y permiten la discusión y el control intersubjetivo.

Este último punto es el que marca realmente la diferencia entre la concepción estándar y la concepción realista. De acuerdo con nuestra explicación de estos tipos de normas, aunque el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho formen parte de un conjunto borroso, y aunque su mismo contenido sea vago, la exigencia de que los jueces recurran a ellos en caso de insuficiencia de la ley para justificar sus decisiones permite algún control de éstas decisiones, cosa que no permite la concepción realista. Puede que, debido a esta vaguedad, la utilidad de los principios, etc. sea muy pequeña, pero ante la posibilidad de afectar a intereses de terceros, y ante la falta de alternativa mejor, cualquier pequeña utilidad tiene una importancia enorme, y no debemos despreciarla,

8. Conclusiones

Existen varias vías para defender la concepción estándar. Por ejemplo, puede mostrarse que en el ámbito de las ciencias sociales (pero no sólo en él) suele recurrirse a la construcción de modelos cuya aceptación depende de su capacidad descriptiva y explicativa de un sector de la realidad (en nuestro caso, social). Pero esta manera de argumentar no hace referencia a la noción de «existencia», por lo que un partidario de la concepción realista pura siempre podría aducir que tales modelos presuponen entidades que la ciencia no admite. Por ello he preferido dar un rodeo y mostrar los límites de nuestro conocimiento científico y los criterios que lo guían. En definitiva, mi defensa de la concepción estándar ha consistido en lo siguiente:

(1) He tratado de mostrar que los usos lingüísticos relevantes para esta cuestión son los de los juristas, y éstos avalan la concepción estándar.

(2) He tratado de mostrar que la noción de existencia no es homogénea y que, además de objetos físicos, admitimos la existencia de hechos, propiedades, etc. Esto abre la posibilidad de explicar los principios y las normas consuetudinarias como hechos.

(3) He señalado la necesidad de distinguir entre el mundo real y nuestra imagen del mundo real, y he tratado de mostrar que esta imagen está fuertemente

ligada a criterios pragmáticos. Esto lleva la discusión sobre la existencia de los principios, etc. del terreno teórico al práctico.

(4) He argumentado que el Derecho consuetudinario y los principios generales del Derecho no son entidades puramente teóricas, sino que pueden explicarse a partir de conceptos observacionales.

(5) He mostrado que la concepción realista se enfrenta a serias dificultades cuando se plantea problemas de injusticia de las normas y que no logra presentar una alternativa que permita superar los problemas de inseguridad de los que acusa a la concepción estándar.

(6) He sostenido que, frente a la concepción realista, la concepción estándar permite explicar qué hacen los jueces cuando sostienen que basan una decisión en principios, etc.; permite predecir, vagamente, pero en alguna medida, cuál va a ser la decisión de los jueces; y sobre todo permite controlar la corrección jurídica de estas decisiones, esto es, determinar si está justificada esta decisión[54].

En cierto lugar de su artículo, Rafael Hernández Marín sostiene: «el abandonar dicho marco [la ontología realista] (asumiendo alguno de los supuestos que configuran el marco ontológico-jurídico de la concepción estándar), para resolver un problema concreto, me crearía un problema teórico mayor que el que intento solucionar»[55]. Quizá se pueda resumir este ya demasiado extenso artículo diciendo que el principal problema *teórico* de la concepción realista pura es que tiene un grave problema *práctico*: es insuficiente para explicar el Derecho[56].

---

[54] Para una descripción más amplia de las funciones que cumplen los principios jurídicos puede verse Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, págs. 19 a 25. Estos autores distinguen tres dimensiones de los derechos: (a) una dimensión explicativa, no sólo de la conducta de los jueces, sino del funcionamiento del Derecho en general y de otras instituciones en particular, gracias a su poder sistematizador que les permite presentar de una manera breve y ordenada el ordenamiento jurídico; (2) una función justificativa en el razonamiento jurídico; y (3) una función legitimadora y de control del poder.

[55] Rafael Hernández Marín, «La concepción...», pág. 351.

[56] Hernández Marín es consciente de que éste puede ser un argumento contra la concepción realista, pero sostiene que es necesario partir primero de ella y sólo en el caso de que esta insuficiencia se muestre aumentar el compromiso ontológico. Por mi parte, creo que la historia del pensamiento jurídico ya ha recorrido ese camino, al menos desde la Escuela de la Exégesis.

DOXA 21-I (1998)

RÉPLICA A «LOS PRESUPUESTOS ONTOLÓGICOS DEL DERECHO», DE DANIEL GONZÁLEZ LAGIER

Agradezco a Daniel González Lagier la atención que ha dedicado a mi artículo «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho». Con ello cumple sobradamente la promesa a la que se refiere al inicio de su artículo, y muestra su seriedad en el ámbito no académico (en el ámbito académico, su tesis doctoral «Acción y norma en G.H.v. Wright» ya refleja sus cualidades).

Le agradezco también la cortesía que ha mostrado, al enviarme una copia de su artículo antes de su publicación.

Pero hasta aquí llega su amabilidad.

Daniel González Lagier discrepa de todas mis tesis. Está en su derecho. Sin embargo, su crítica no ha sido considerada. Pues Daniel González Lagier: a) deforma tantas ideas mías, y algunas de ellas las deforma tanto, que tengo que sospechar que le ha faltado buena intención o diligencia para entenderlas; b) mezcla temas y argumentos independientes, y los lanza todos revueltos contra mis tesis, como quien trata de golpear a ciegas a un adversario; y c) me abruma con informaciones elementales, que debería saber que ya tengo (pues algunas de ellas las tiene cualquier estudiante de Licenciatura), y que no he pasado por alto.

Nada más leer el artículo de Daniel González Lagier, le escribí contestando a sus observaciones. Pero dudé si escribir o no un artículo de réplica, para contestarle también públicamente.

Finalmente, han sido las incomprensiones citadas, incomprensiones que lecturas posteriores del artículo de Daniel González Lagier me han ido revelando, lo que me ha movido a escribir esta respuesta; pues deseo evitar que otros lectores del escrito de Daniel González Lagier se hagan una opinión equivocada acerca de mi pensamiento.

He procurado que mi respuesta a Daniel González Lagier sea respetuosa con él y con sus ideas: con él, porque le aprecio, y creo que él también a mí, a pesar del tono de su crítica; con sus ideas, porque, para rechazarlas,

no es preciso ser irrespetuoso con ellas, deformándolas u ofreciendo una caricatura suya.

Sin embargo, aunque respetuosa, mi respuesta no va a ser indulgente con los errores cometidos por Daniel González Lagier.

El primero de ellos es haber titulado su artículo «Los presupuestos ontológicos del Derecho.». Pues nuestra polémica no versa sobre cuáles son las entidades presupuestas por las reglas jurídicas, o acerca de cuál es la doctrina ontológica presupuesta por el Derecho. Como se verá enseguida, nuestra polémica versa sobre la naturaleza del Derecho, o sobre qué concepción ontológica (acerca) del Derecho es la correcta.

* * *

1) He de empezar haciendo ciertas aclaraciones terminológicas.

Siempre he usado la expresión «hecho» en el sentido de «entidad factual». Por ejemplo, la p. 256 de mi libro *Historia de la filosofía del Derecho contemporánea* (que en adelante citaré como *Historia*...) comienza de la siguiente manera: «Olivecrona expresa así su factualismo jurídico, o sea, que el Derecho es un hecho, que todas o algunas entidades jurídicas son entidades factuales».

Y, para mí, una entidad factual, un hecho, siempre ha sido un objeto físico o un evento (véanse las pp. 28-29 de *Historia*...); pues parece que todo lo que existe en el mundo de los hechos, en el mundo espacio-temporal, es un objeto físico o un evento.

También en el artículo criticado por Daniel González Lagier uso la expresión «hecho» en el mismo sentido. Pero Daniel González Lagier, armado con el atomismo lógico de B. Russell, me objeta que «los objetos físicos no son hechos». Mas esto no es más que una terminología diferente: para B. Russell un hecho es, más o menos, un evento; por lo cual, dicha tesis viene a decir que los objetos físicos no son eventos.

Ésta es una tesis aceptable, pero discutible. Mas no la voy a discutir, dado que ni en el artículo criticado por Daniel González Lagier he sostenido la tesis contraria (la tesis de que los objetos físicos son eventos), ni es una tesis relevante para las cuestiones sobre las que versa el citado artículo.

En el presente escrito, mantendré la misma terminología: no porque me parezca preferible a la de B. Russell, sino porque usar ahora una terminología diferente a la usada en el artículo objeto de discusión (y en mis otros trabajos) enredaría las cosas.

2) Daniel González Lagier me atribuye la tesis de que «sólo existen los objetos físicos». Nunca he sostenido esta tesis; al contrario.

Por ejemplo, en *Historia*..., p. 32, hablo de «las entidades lingüísticas orales, las cuales no son objetos físicos, sino eventos». Y, en el artículo criticado por Daniel González Lagier, creo que el único pasaje que puede dar

pie a atribuirme la tesis citada es uno en el que digo que el «texto legal es un hecho, un objeto físico» (p. 348). Pero este pasaje no significa «el texto legal es un hecho, o sea, un objeto físico»; significa «el texto legal es un hecho, concretamente, un objeto físico».

En la ontología que acepto tienen cabida tanto los objetos físicos como los eventos, al igual que en la ontología del atomismo lógico, aceptada por Daniel González Lagier (es más, puesto a decidir qué hechos son más básicos, si los objetos físicos o los eventos, me inclinaría, en principio, a favor de los eventos, por razones que expuse en el libro *El Derecho como dogma*, pp. 119-120; pero, como antes he dicho, voy a dejar a un lado estas cuestiones).

Es, pues, un error afirmar, como hace Daniel González Lagier, que «el problema básico de la concepción de Hernández Marín es haber adoptado un concepto homogéneo de «existencia», que toma como paradigma de existencia el modo de existencia de los objetos físicos».

3) Cualquier concepción que sostenga que las entidades, normas o reglas integrantes del Derecho son entidades factuales, hechos (bien objetos físicos, bien eventos), es una concepción factualista del Derecho (conforme a la definición de «factualismo jurídico» de *Historia*..., p. 58).

La concepción realista del Derecho es una concepción factualista del Derecho, por sostener que las reglas jurídicas son objetos físicos. Pero también la doctrina de Th. Geiger es una concepción factualista del Derecho; pues, según este autor, el Derecho está formado por regularidades de comportamiento social, por tanto, por eventos, no por objetos físicos (pp. 349-350 de mi artículo, y también *Historia*..., p. 293).

No entiendo, pues, por qué Daniel González Lagier me atribuye la tesis de que toda concepción factualista del Derecho concibe el Derecho como un objeto físico.

4) El idealismo jurídico es la doctrina que sostiene que el Derecho está formado por entidades ideales, por entidades que no son hechos (así defino el idealismo jurídico en *Historia*..., p. 57).

Por ello, al decir que la concepción estándar del Derecho es una doctrina jurídica idealista, lo que quiero decir es que dicha concepción sostiene que el Derecho está formado por entidades ideales. La concepción estándar del Derecho es idealista porque admite la existencia de entidades jurídicas ideales, o sea, de entidades jurídicas que no son hechos (ni objetos físicos, ni eventos).

También creía que ésta era una tesis clara de mi artículo; pero, al parecer, no lo es. Daniel González Lagier interpreta la tesis de que la concepción estándar del Derecho es una doctrina idealista de cuatro maneras distintas, ninguna de las cuales refleja mi pensamiento:

Según la primera de sus interpretaciones, «la concepción estándar [del Derecho] es idealista porque admite la existencia de entidades que no son objetos físicos». No es esto lo que sostengo, pero se aproxima a lo que pienso: como acabo de decir, la concepción estándar del Derecho es idealista porque admite la existencia de entidades (jurídicas) que no son hechos (ni objetos físicos, ni eventos).

Sin embargo, las otras tres interpretaciones o formulaciones que Daniel González Lagier hace de mi tesis «La concepción estándar del Derecho es idealista» no se aproximan, ni remotamente, a mi pensamiento.

5) Para que una concepción idealista del Derecho, como la concepción estándar, fuera verdadera, sería necesario que fueran verdaderas las dos tesis siguientes: 1ª) Existe un mundo de entidades ideales, distinto al mundo de los hechos, y 2ª) las entidades (normas, reglas, principios, etc.) jurídicas pertenecen (todas o algunas de ellas) a este mundo ideal.

Conviene aclarar, antes de seguir adelante, que las cuestiones que estas tesis plantean no tienen nada que ver con el problema de los términos teóricos; ni este problema, a su vez, tiene nada que ver con la existencia de posibles teorías científicas irrefutables (como la teoría del homúnculo, a la que Daniel González Lagier alude en la nota 38 de su artículo, sin distinguir debidamente todas estas cuestiones).

6) Por lo que respecta a la existencia de un mundo distinto al mundo de los hechos, creo que todos tenemos la misma información al respecto, o sea, ninguna; todos sabemos lo mismo acerca de ese mundo ideal, pues ninguno sabemos nada.

Estando así las cosas, ¿qué es más racional?, ¿es más racional creer en la existencia de dicho mundo ideal o no creer en él?, ¿es más racional elaborar una teoría que presuponga o implique la existencia de ese mundo o elaborar una teoría que no tenga tal implicación?

Si la racionalidad es la racionalidad científica, creo que la respuesta es obvia: lo racional es no elaborar una teoría que presuponga la existencia de un mundo distinto al mundo de los hechos; lo racional es pensar que no existe un mundo de ideas (al menos, mientras no dispongamos de información adicional, que nos permita sospechar lo contrario).

Es cierto que la ontología actual admite la existencia de ciertas entidades ideales, como las entidades lógicas, las entidades matemáticas y las entidades semánticas (los sentidos de las expresiones). Pero éste es un tema polémico en la actualidad:

Por lo que respecta a las entidades semánticas, la tesis de que dichas entidades no existen «no es todavía un lugar común» (según palabras de S. Schiffer, en 1987), pero tiene cada vez más partidarios.

En cuanto a las entidades lógicas y matemáticas, muchos autores (como H. Putnam y W.V.O. Quine) admiten dichas entidades (las clases, especialmente)

a regañadientes (porque no ven otra manera de dar cuenta del quehacer matemático); pero otros (como H. Field) rechazan esa ontología idealista y buscan explicaciones alternativas.

Lo que es indiscutible, en cualquier caso, es que, incluso aceptando la existencia de un mundo ideal, en dicho mundo, tal como lo concibe la ontología actual (esto es, como un mundo integrado a lo sumo por entidades lógicas, matemáticas y semánticas), no tienen cabida la mayoría de las entidades jurídicas ideales admitidas por la concepción estándar del Derecho: valores, principios, obligaciones, derechos subjetivos (derechos reales, derechos de crédito, derechos humanos, etc.), normas jurídicas consuetudinarias, etc. Ni siquiera las normas jurídicas legales de las que habla la concepción estándar del Derecho tienen cabida en el mundo de ideas de la ontología actual, dado que dichas normas legales son concebidas por la concepción estándar como cuasiproposiciones. ¿O acaso tememos que pensar que a los filósofos, a la hora de hacer inventario de lo que existe en ese mundo de ideas, se les ha pasado por alto que las entidades jurídicas también están allí, quizá escondidas en algún rincón?

Éste es el sentido de mí afirmación (p. 351 de mi artículo) de que ni siquiera las doctrinas ontológicas actuales más tolerantes aceptarían la ontología de la concepción estándar del Derecho. Dicha afirmación no tiene, pues, el sentido que Daniel González Lagier le atribuye, a saber: que la ontología actual rechaza la concepción estándar del Derecho porque aquélla (la ontología actual) sólo admite la existencia de objetos físicos (y, de nuevo, no entiendo cómo se le puede haber ocurrido a Daniel González Lagier esa interpretación de mi pensamiento; y si mi artículo le planteaba dudas respecto a qué es lo que sostengo en relación a la ontología actual, creo que las primeras páginas de la *Historia*... son meridianamente claras).

7) Siendo la actitud más racional creer que no existe un mundo distinto al mundo de los hechos y que, caso de que exista ese mundo, las entidades jurídicas no tienen allí cabida, es evidente cuál es la posición correcta respecto al problema de la naturaleza ontológica del Derecho: el Derecho es un hecho, como sostienen las concepciones factualistas o empiristas del Derecho.

Pero a Daniel González Lagier, como a la mayoría de los juristas, esta conclusión le parece «contraintuitiva», «chocante», «extraña», etc. Según él, el que una concepción del Derecho sea una concepción empírica del Derecho no es algo digno de elogio. Al parecer, es mucho más intuitivo, racional, plausible, elogiable, etc., sostener lo contrario, o sea, las dos tesis antes citadas: que existe un mundo de ideas y que allí moran las entidades jurídicas.

Mal está que se rechace la tesis de que el Derecho es un hecho. Pero que, a estas alturas de la evolución de la cultura humana, asentada en la ciencia y en la tecnología, se califique dicha tesis como chocante, extraña, etc., resulta

increíble (una buena muestra de los residuos anticientíficos que todavía quedan en el pensamiento jurídico, por mucho que se admire de boquilla a Galileo). Es más: incluso en el caso de que la citada tesis fuera falsa, lo normal, lo racional, a la luz de nuestro conocimiento actual, es pensar que es verdadera.

8) A pesar de que el artículo de Daniel González Lagier comienza criticando la tesis de que el Derecho es un hecho, o sea, la concepción factualista del Derecho, posteriormente no pretende justificar la tesis contraria, o sea, la tesis de que el Derecho es idea.

Curiosamente, lo único que pretende a este respecto es mostrar que algunas de las entidades jurídicas ideales admitidas por la concepción estándar del Derecho, como los principios y el Derecho consuetudinario (las normas jurídicas consuetudinarias), son reducibles a hechos. Pues dice que «seguramente, las reglas consuetudinarias y los principios se pueden explicar a partir de hechos (no sólo objetos físicos) observables», y en sus conclusiones añade: «He tratado de mostrar que la noción de existencia no es homogénea y que, además de objetos físicos, admitimos la existencia de hechos, propiedades, etc. Esto abre la posibilidad de explicar los principios y las normas consuetudinarias como hechos».

No sé en qué parte de su artículo trata Daniel González Lagier de mostrar que existen propiedades o que admitimos su existencia. Pues las propiedades no son hechos, sino entidades ideales o abstractas; y en ningún momento trata Daniel González Lagier de probar que existen entidades ideales o abstractas. (Me parece que todo lo que ocurre es que Daniel González Lagier ha creído, erróneamente, que las propiedades son hechos, entidades factuales, no entidades abstractas).

Al margen de ello, si las normas jurídicas consuetudinarias y los principios jurídicos son (reducibles a) hechos, como sostiene Daniel González Lagier, ¿no implica ello que el Derecho es un hecho?; ¿cómo puede, entonces, parecerle extraña o contraintuitiva la tesis de que el Derecho es un hecho, o sea, la concepción factualista del Derecho? ¿O acaso lo que Daniel González Lagier quiere decir es que lo no reducible a hechos es precisamente la ley, pero sí lo son los otros elementos que, según la concepción estándar, forman parte del Derecho, o sea, los principios y el Derecho consuetudinario?

La verdad es justamente lo contrario: la ley es reducible a hechos; o más precisamente: la ley es un hecho. En cambio, los principios y las normas consuetudinarias ni son hechos, ni son reducibles a hechos; de la misma manera que el ángel de la guarda o la fuente de la eterna juventud no son hechos, ni reducibles a hechos.

9) No obstante, Daniel González Lagier mantiene la tesis contraria, o sea, la tesis de que las normas jurídicas consuetudinarias y los principios son reducibles a hechos:

(A) Por lo que respecta a las primeras, la «reducción» sugerida por Daniel González Lagier de las normas jurídicas consuetudinarias o de las reglas sociales de H.L.A. Hart a hechos es justamente lo contrario de una reducción; es la duplicación (gratuita e innecesaria) de las entidades.

Pues si aceptáramos la «reducción» sugerida por Daniel González Lagier, junto a los hechos descritos en el *definiens* de la definición «reductora», tendríamos además una regla social o consuetudinaria (cuya naturaleza ontológica seguiría siendo dudosa), que ordena o prohíbe algo, y a la que alude el *definiendum*.

Dicho con un ejemplo, la citada «reducción» es como «reducir» la cólera de Júpiter a los truenos, mediante la siguiente definición «reductora»: «Júpiter está encolerizado si y sólo si truena».

(B) Por lo que respecta a los principios, ninguna de las cuestiones abordadas por Daniel González Lagier (cuál es el origen de los principios, cuáles son sus relaciones, inductivas o deductivas, con las normas, si los principios tienen carácter explícito o implícito, cuál es su contenido, etc.) responde debidamente, o sea, de forma clara y directa, a la cuestión de su naturaleza ontológica.

Sobre este punto, la única tesis directa, pero no clara, de Daniel González Lagier es que los principios son como la «ideología del ordenamiento jurídico». Con ello, sólo retrasamos el problema: ¿qué es la ideología del ordenamiento jurídico?; ¿cuál es la naturaleza ontológica de las entidades que la integran?; ¿son hechos (objetos físicos o eventos) o son ideas (como los números y las figuras geométricas)? Como ya he observado, Daniel González Lagier da por sentado que es posible explicar los principios como hechos o reducirlos a hechos. ¿Significa esto que la ideología del ordenamiento jurídico está formada por objetos físicos o eventos?

10) Una vez alcanzada la conclusión de que el Derecho, la ley, es un hecho, se plantea el problema de determinar cuáles son esos hechos con los que el Derecho se identifica. Para ello, es preciso tener en cuenta los usos lingüísticos, según los cuales, al Derecho pertenecen códigos, leyes, decretos, etc.

Según estos usos, propios de los juristas y de los no juristas, relativos a la palabra «Derecho» del Derecho español actual forma parte «algo» cuyo «contenido» es (literalmente) el siguiente: «El nacimiento determina la personalidad». Esto es lo que quería decir, al afirmar en mi artículo (pp. 348-349) que los usos lingüísticos relativos a la palabra «Derecho» establecen qué es lo que dicen literalmente los artículos de un código.

Según Daniel González Lagier, dicha afirmación es un «error». No veo por qué. Además, y en contra de lo que sostiene Daniel González Lagier, lo que dicen literalmente los artículos de un código no depende «de los usos lingüísticos relativos a las palabras incluidas en tales textos».

Sin embargo, admito que en mi artículo no expresé la tesis expuesta con la debida claridad (aunque no sé si es esto lo que ha provocado, o lo único que ha provocado, la citada crítica de Daniel González Lagier).

11) Pero creo que tampoco Daniel González Lagier se ha esforzado en entender mi alusión al respecto de los usos lingüísticos.

Daniel González Lagier (véase la primera de sus conclusiones) parece sostener dos cosas: *a)* que si, para determinar cuál de las dos concepciones, la estándar o la realista, es la correcta decidimos atender a los usos lingüísticos relativos a la palabra «Derecho», los usos lingüísticos relevantes han de ser los de los juristas, no los de los no juristas; y *b)* que, de acuerdo con los usos lingüísticos de los juristas, la concepción correcta del Derecho es la concepción estándar, no la realista.

En cuanto al punto *a)*, a los argumentos aducidos por Daniel González Lagier cabe oponer otros, al menos, del mismo peso: por ejemplo, que las reglas jurídicas son mensajes dirigidos directamente a los ciudadanos y que, por ello, éstos han de poder reconocer, al menos en gran medida, el Derecho, sin necesidad de recurrir a los juristas; y también que la cuestión polémica no puede ser decidida atendiendo, sin restricciones, a los usos lingüísticos de los juristas, porque estos usos ya incorporan normalmente una determinada concepción del Derecho (en la mayoría de los casos, la concepción estándar del Derecho); por lo cual, recurrir a dichos usos es decidir de antemano la cuestión.

Por ello, y por lo que respecta al punto *b)* anterior, Daniel González Lagier tiene razón. Pero sus tesis sólo significa lo que todos sabemos: que la concepción estándar es mayoritaria. Lo que muestra que no es ése el camino para decidir la cuestión polémica (si ése fuera el camino, la concepción estándar del Derecho sería la preferible, no sólo frente a la concepción realista que defiendo, sino frente a cualquier otra concepción del Derecho, sea o no realista, incluso frente a cualquier otra concepción idealista, diferente de la concepción estándar).

Para mí (voy a intentar exponer de nuevo mis ideas), el respeto a los usos lingüísticos es un factor a tener en cuenta a la hora de formular o enjuiciar una tesis (si no fuera así, con oportunas definiciones, nos veríamos obligados a aceptar que el Derecho moja y la lluvia quema). Pero no es ni el único, ni el principal factor a tener en cuenta; pues existen otros factores (por ejemplo, razones epistemológicas o de claridad expositiva) que pueden aconsejar y, por tanto, justificar una desviación de los usos lingüísticos dominantes. Pero una desviación grave e injustificada respecto a los usos lingüísticos

puede ser suficiente para rechazar una tesis. Esto es lo que ocurre con la concepción de Th. Geiger, o incluso con una concepción realista con la de J. Frank, que identifica el Derecho con las decisiones judiciales.

La concepción realista que sostengo no se desvía de los usos lingüísticos de los no juristas relativos a la palabra «Derecho»; y esto es un mérito de dicha concepción, frente a otras concepciones factualistas, como la de Th. Geiger y J. Frank.

Pero tampoco se desvía de dichos usos la concepción estándar del Derecho. Por ello, este test de respeto a los usos lingüísticos de los no juristas, aunque sirve para descartar algunas doctrinas, como las concepciones factualistas citadas, no sirve para decidir entre la concepción realista que defiendo y la concepción estándar.

La concepción realista que defiendo se desvía, evidentemente, y también justificadamente, de los usos lingüísticos mayoritarios de los juristas, dado que éstos son partidarios de la concepción estándar; pues, si no lo hiciera, no habría ninguna diferencia entre ambas concepciones.

En cualquier caso, aún aceptando que la concepción realista se desvía de ciertos usos lingüísticos (sean los usos de los juristas, sean los usos de los no juristas), dicha desviación estaría justificada: los usos lingüísticos son respetables, pero más respetable es la verdad.

12) Una vez que hemos llegado al punto de que ese «algo» que forma parte del Derecho español actual, y cuyo «contenido» es (literalmente) «El nacimiento determina la personalidad», es un hecho, el «algo» en cuestión no puede ser otra cosa que una entidad lingüística escrita u oral.

Como sabemos, se trata de lo primero: las entidades lingüísticas que forman parte del Derecho actual son entidades escritas; son textos. Por ello, son objetos físicos (no eventos, como las entidades lingüísticas orales).

13) Es cierto, como observa Daniel González Lagier, que en mi artículo no preciso cuál es ese texto. Ello se debe a las dos razones siguientes:

(A) Por un lado, a que lo más importante es llegar a la conclusión de que el Derecho no puede ser otra cosa que un texto (al igual que los estatutos de una asociación o de una comunidad de propietarios, o el reglamento de la FIFA); pues esta conclusión es suficiente para abandonar la concepción estándar, en beneficio de la concepción realista.

La cuestión posterior de cuál es ese texto es, relativamente, una cuestión secundaria. Y es posible alcanzar aquella conclusión (la conclusión de que el Derecho es un texto), sin necesidad de abordar o resolver esta segunda cuestión (cuál es ese texto), como la presente exposición intenta poner en evidencia.

(B) Por otro lado, porque abordar y responder esta segunda cuestión exige otro artículo, distinto al que estaba escribiendo. En un libro titulado *Teoría*

de la norma jurídica, que espero que será publicado en el año 1998, abordo este tema.

Mas en ningún caso (ni en el artículo, ni en el citado libro) mis referencias al texto de la ley «hacen pensar» que ese texto es una «abstracción», como dice Daniel González Lagier.

14) En mi artículo afirmo que la concepción realista del Derecho, al no admitir más entidades jurídicas (entidades pertenecientes al Derecho) que los textos legales, es más sólida que la concepción estándar del Derecho: ésta, junto a la existencia de textos legales, admite la existencia de muchas más cosas; y, como es evidente, cuantas más cosas presuponga una teoría, tanto más débil resulta, dado que el riesgo de equivocarse es mayor.

Daniel González Lagier critica la solidez de la concepción realista. Objeta que la solidez no es el único factor a tener en cuenta a la hora de juzgar una teoría. Es más, viene a decir, más importante que la solidez de una teoría es su potencia explicativa. Por ello, según Daniel González Lagier, no hay que aumentar la solidez de una teoría a costa de una disminución de su potencia explicativa.

Ésta es la objeción contenida en el pasaje de N. Rescher con la que encabeza su artículo, así como el relato de Galileo contenido en el texto.

A este respecto, no sólo estoy de acuerdo con Daniel González Lagier, sino que incluso en mi artículo (p. 351) se halla la misma objeción: «El único reproche que, desde el punto de vista teórico, cabría hacer a la concepción realista es el de que esta concepción del Derecho, por sólida que sea, admite tan pocas cosas que resulta insuficiente para explicar o comprender ciertos fenómenos, o para solucionar ciertos problemas».

Por esta razón, la crítica de Daniel González Lagier a la solidez de la concepción realista era innecesaria. La única crítica relevante al respecto contra la concepción realista consiste en hacerle el citado reproche: el reproche de que existen fenómenos que la concepción realista es incapaz de explicar y que, sin embargo, son explicables a partir de la concepción estándar del Derecho.

15) Este reproche, al que me acabo de referir, también aparece en el artículo de Daniel González Lagier. Es más, según las últimas palabra de su artículo, la tesis central de su crítica es precisamente ésa: que existen fenómenos que la concepción realista es incapaz de explicar y que, sin embargo, son explicables a partir de la concepción estándar del Derecho.

Dos son, si no me equivoco, los argumentos utilizados por Daniel González Lagier para defender su posición: por un lado, que la historia del pensamiento jurídico, desde la escuela de la exégesis hasta hoy, muestra la insuficiencia de la concepción realista (véase la última nota de su artículo); por otro lado, que un ejemplo de un fenómeno que la concepción estándar

del Derecho es capaz de explicar, pero que es inexplicable para la concepción realista, es la actividad de los jueces (véase su sexta conclusión).

(A) En el último capítulo de *Historia*..., resumo lo que ha ocurrido en la historia de la filosofía jurídica durante los dos últimos siglos: una proliferación desmedida de (cuasi) entidades jurídicas, fruto de una incontenible verborrea. Pretender que ello ha estado motivado por necesidades teóricas y que, con semejante aparato conceptual, la teoría jurídica ha ganado en potencia explicativa, inalcanzable desde los supuestos del realismo jurídico, es ridículo.

(B) En cuanto a la actividad de los jueces, no es cierto que la concepción estándar explique dicha actividad y la concepción realista sea incapaz de explicarla. La verdad es justamente lo contrario:

Cuando la concepción estándar del Derecho explica dicha actividad aludiendo a principios jurídicos, valores, etc., proporciona una pseudoexplicación, dado que dichos principios, valores, etc., no existen. Y a quien afirme, como Daniel González Lagier, que tales principios, valores, etc., sí existen, le corresponde la carga de la prueba; una prueba que, naturalmente, ha de ser independiente del fenómeno que se intenta explicar.

Por contra, para la concepción realista, la actividad judicial es un fenómeno perfectamente explicable (precisamente, fue la actividad de los jueces lo que inspiró a algunos autores realistas su concepción del Derecho); pues, incluso cuando la actividad judicial alude a entidades inexistentes, el fenómeno encuentra su explicación en la conciencia, creencias, etc., de los jueces.

© Y, dado que la tesis central del artículo de Daniel González Lagier es precisamente la tesis que ahora estoy criticando, o sea, la tesis de que existen fenómenos que la concepción realista es incapaz de explicar y que, sin embargo, son explicables a partir de la concepción estándar del Derecho, finalizo esta crítica con un reto: le desafío a que indique un solo ejemplo de tales fenómenos (el de la actividad judicial, propuesto en su artículo, no sirve); y le doy un amplio plazo para ello: todo el tiempo que desee.

16) Una vez alcanzada la conclusión teórica de que no hay más Derecho que el de los textos legales (nos guste o no, no hay más cera que la que arde), es necesario abordar los problemas teóricos y prácticos que dicha conclusión plantea,

17) En el plano teórico, se plantean ciertos problemas como los señalados por Daniel González Lagier al comienzo de su artículo, en el pasaje que comienza de la siguiente manera: «¿Para qué queremos estudiar la derogación (que tantos quebraderos de cabeza puede proporcionar) si basta con quemar una norma para que ésta deje de existir?...».

Para responder a todos los problemas señalados (acertadamente) por Daniel González Lagier en este pasaje, sería necesario otro artículo, o varios artículos. A algunas de esas cuestiones (como la de la derogación) ya

he respondido parcialmente[1]; y a otras estoy respondiendo en el libro que publicaré próximamente, y al que antes me he referido.

18) Por lo que respecta a los problemas de orden práctico que hay que afrontar desde la concepción realista que defiendo, dichos problemas tienen su origen, básicamente, en el hecho de que los textos legales (única realidad jurídica admitida por esa concepción realista) son frecuentemente imperfectos (como toda obra humana): son injustos, inadecuados, insuficientes, etc.

Daniel González Lagier se sorprende, como muchos juristas, de que se pueda calificar como justa o injusta una acción, una persona, una norma, etc., sin sostener, por ello, que existe algo así como el valor o la idea de justicia.

Ello revela el desconocimiento de una tesis fundamental: la tesis, en palabras de W. V. O. Quine[2], de que el uso de un término general («blanco», por ejemplo) no nos obliga a aceptar en nuestra ontología la correspondiente entidad abstracta (la blancura, en este caso)

Si no fuera así, cada vez que alguien dijera, por ejemplo, (1) Este sombrero es blanco, estaría afirmando que existe la propiedad de la blancura (la entidad abstracta blancura, cual idea o forma platónica), y que (1) realiza una comparación entre dicha propiedad y el sombrero al que (1) se refiere.

Brevemente, sostener lo contrario a la tesis citada es hacernos a todos platónicos, en cuanto a la aceptación de universales.

Y si (1) no presupone, ni implica, que exista la idea de blancura, tampoco el enunciado «Esta norma positiva es (in)justa» implica o presupone que exista la idea de justicia.

O dicho de otro modo: sostener que existen cosas blancas y cosas no blancas no implica sostener la existencia de la idea de blancura; sostener que existen hombres sabios y hombres no sabios no implica sostener la existencia de la idea de sabiduría, etc. Del mismo modo, sostener que existen cosas justas y cosas injustas no implica sostener que existe la idea de justicia.

No hay ninguna diferencia, a este respecto, entre un término de valor y cualquier otro término general. Un término de valor (como «justo») sólo es un término general vago[3] (más vago que, por ejemplo, el término general «blanco»).

---

[1] En *Teoría general del Derecho y de la ciencia jurídica*, Barcelona, PPU, 1989, 490 pp., p. 165-166, y en «Presente y futuro de la concepción jerárquica del Derecho», en Carlos Martín Vide (ed.): *Lenguajes naturales y lenguajes formales*, VII, Barcelona, PPU, 1992, pp. 19-30, pp. 24-25.

[2] QUINE, W. V. O.; «Identity, Ostension, and Hypostasis», en *From a Logical Point of View*, Cambridge, Massachusetts and London, England, Harvard University Press, 1980, pp. 65-79, p. 76 [«Identidad, ostensión e hipóstasis», en *Desde un punto de vista lógico*, traducción de Manuel Sacristán, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 105-123, p. 119].

[3] Véase, en el mismo sentido, PRZELECKI, M.; «Truth-Value of Ethical Statements: Some Philosophical Implications of the Model -Theoretic Definition of Truth», en Peter Geach (ed.): *Logic and Ethics*, Dordrecht / Boston / Lancaster, Kluwer Academic Publishers, 1991, pp. 241-253, pp. 247 y ss.

(19) La concepción estándar del Derecho aborda el citado problema de la imperfección de los textos legales, recurriendo a lo que denomino «reglas correctoras de la legalidad» (RCL) tradicionales, que aluden, entre otras cosas, a los principios generales del Derecho.

En el artículo criticado por Daniel González Lagier, analizo dichas reglas, una vez dejada a un lado la cuestión, ya discutida en las páginas anteriores, de si las entidades, como los principios generales del Derecho, a las que dichas reglas aluden, existen o no: «Muchas de estas RCL tradicionales, legales o no, plantean evidentemente el problema teórico de si existen o no esas fuentes de las que poder extraer las reglas supletorias de las reglas legales (si existen o no los principios generales del Derecho, el Derecho natural, los valores, etc.). Pero al margen de este problema teórico, del que ya hemos tratado en medida suficiente, las RCL plantean también un problema práctico, que es tan grave como el otro problema práctico, el de las leyes injustas o insuficientes, que esas mismas reglas pretenden resolver. Se trata de un problema de seguridad jurídica» (p. 356 de mi artículo).

A continuación expongo los problemas de seguridad jurídica que plantean las RCL tradicionales, suponiendo, por mor de la argumentación, que existen las entidades (Derecho natural, valores, principios generales del Derecho, etc.) que dichas reglas presuponen.

Pero, al parecer, esta suposición, sólo implícita en mi artículo, no la ha visto (o no la ha querido ver) Daniel González Lagier y me hace, por ello, las dos objeciones siguientes:

(A) Si los principios generales del Derecho no existen (como yo sostengo), el conjunto de los principios generales del Derecho no puede ser calificado como borroso, sino como vacío.

Así es, efectivamente. Pero si admitimos que existen, como yo admitía implícitamente en mi argumentación, el citado conjunto es borroso.

(B) La vaguedad de un término (la vaguedad del término «principios generales del Derecho») no implica que el término carezca de referencia (no implica que los principios generales del Derecho no existan). Me parece que es esto lo que Daniel González Lagier viene a decir en el pasaje que comienza con el ejemplo de los unicornios.

Pero ni yo, ni nadie (por cuanto sé) sostiene lo contrario, por la siguiente razón:

El enunciado «Todo término vago tiene referencia» (o «Si un término no tiene referencia entonces no es vago») es analítico (es una consecuencia de la definición de vaguedad). Por consiguiente, el enunciado «Todo término vago carece de referencia» es el enunciado contrario a un enunciado analítico.

Por ello, el último enunciado citado (en conjunción al enunciado que afirma que existen términos vagos) implica una contradicción.

Tiene razón, pues, Daniel González Lagier, al oponerse al enunciado «Todo término vago carece de referencia» (al oponerse a una contradicción); pero el enemigo se lo ha inventado y era fácil de vencer.

Mis alusiones a la vaguedad de las RCL tradicionales, que aluden a los principios generales del Derecho, no iban dirigidas a negar la existencia de éstos. Al contrario, dichas alusiones suponen que dichos principios existen y tratan de poner de relieve los problemas de seguridad jurídica que aquellas reglas provocan. Éste era el enemigo a batir.

20) «Una concepción realista -escribe Daniel González Lagier- también debería ofrecer soluciones a los casos que prevén las RCL [tradicionales]».

Mi artículo contiene algunas sugerencias al respecto, que se resumen en lo que llamo «regla realista correctora de la legalidad» (RRCL). Se trata de una regla en la línea de la regla contenida en el art. 1, párrafo 2, del Código Civil suizo de 1907 (como es sabido, esta última establece que, en caso de laguna, el juez «decidirá según las reglas que él establecería si fuera legislador»); aunque hay muchas diferencias entre esta regla legal suiza y la RRCL.

Ciertamente, la RRCL, a semejanza de las RCL tradicionales, plantea problemas de seguridad jurídica, que mi artículo no oculta; al contrario. Pero, frente a las RCL tradicionales, la RRCL tiene claras ventajas, tanto de orden práctico, como de orden teórico:

En el plano de la práctica, la RRCL no abandona la seguridad jurídica en manos de cualquier juez, ni para cualquier supuesto, como ocurre en la actualidad. Por ello, y frente a lo que afirma Daniel González Lagier, la RRCL no es superflua, desde el punto de vista práctico.

Desde el punto de vista teórico, las ventajas de la RRCL sobre las tradicionales RCL son obvias, para un realista. Pero la RRCL también ofrece ventajas teóricas a un partidario de la concepción estándar como Daniel González Lagier. Pues le evita la ilusión de creer que las decisiones judiciales supuestamente basadas en principios jurídicos, valores, etc., son más controlables que las decisiones judiciales prudenciales.

DE NUEVO SOBRE LA CONCEPCIÓN ESTÁNDAR Y LA CONCEPCIÓN REALISTA DEL DERECHO (RESPUESTA A LA RÉPLICA DE RAFAEL HERNÁNDEZ MARÍN)

1. En mi artículo «Los presupuestos ontológicos del Derecho» critiqué un trabajo de Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», publicado en el número XII del Anuario de Filosofía del Derecho. Mi artículo ha sido objeto, a su vez, de una respuesta por parte de este mismo autor. En estas páginas me correspondería a mí iniciar una nueva contraargumentación, continuando así un cruce de artículos y notas sobre los argumentos de uno y otro. Sin embargo, no voy a insistir en la defensa de mis argumentos (que sigo manteniendo en lo fundamental) o en la crítica de los argumentos de Rafael Hernández Marín, y ello por dos razones. La primera razón es que estos ejercicios de réplicas y contrarréplicas corren el peligro (por uno u otro lado) de repetir una y otra vez los mismos argumentos, con ropajes nuevos o desde perspectivas distintas, o de atrincherarse en posturas dogmáticas, lo que seguramente ni logra convencer al interlocutor ni interesar a posibles lectores. La segunda razón es que la respuesta de Rafael Hernández Marín me desanima a continuar el debate, pues -sorprendentemente- comienza con expresiones que podrían entenderse más como una descalificación personal que como argumentos contra mis tesis, y si esto fuera así se estaría llevando la discusión fuera del terreno intelectual.

Por ello me voy a limitar a dos puntos. El primero, tratar de mostrar que -en contra de su opinión- no he cometido ninguna deformación de las tesis de Hernández Marín, tal como venían expresadas en su artículo. El segundo, mostrar algunas incomprensiones de Rafael Hernández Marín hacia mi texto. Si alguna justificación tiene de cara al lector que proceda así, ésta no es tratar de decir la última palabra (aunque creo que estos intercambios de réplicas y contrarréplicas no deben eternizarse), sino confiar en que de esta manera queden más claros los términos de esta discusión.

2. De las muchas tesis de Rafael Hernández Marín que deformo en mi crítica («deforma tantas ideas mías, y algunas de ellas las deforma tanto...»

escribe) sólo encuentro mencionadas en su réplica tres (el resto de puntos me parecen simplemente divergencias de opiniones). Veámoslas:

2.1. Una de las tergiversaciones que presuntamente cometo guarda relación con los usos lingüísticos. Mis falsificaciones consisten en este caso en dos: La primera, en no haber entendido que el siguiente párrafo:

> «los usos lingüísticos relativos a la palabra "Derecho" establecen dos cosas: a) que la Constitución, el Código Civil, etc. forman parte del Derecho; y b) qué es lo que dicen (literalmente) los artículos o apartados de la Constitución, del Código Civil, etc.»

ha de interpretarse como:

> «Según estos usos, propios de los juristas y de los no juristas, relativos a la palabra "Derecho", del Derecho español actual forma parte "algo", cuyo "contenido" es (literalmente) el siguiente: "El nacimiento determina la personalidad"».

Pero Rafael Hernández Marín añade en su réplica: «admito que en mi artículo no expresé la tesis expuesta con la debida claridad», lo que explicaría mi supuesta «tergiversación».

El segundo error mío consiste en haber sugerido que los usos lingüísticos relevantes en este caso son, fundamentalmente, los de los juristas, y no los de aquellos que no son juristas. Rafael Hernández Marín sostiene lo contrario (y aporta nuevos e importantes argumentos, pero no decisivos, al igual que no lo eran los míos), y piensa que «tampoco Daniel González Lagier se ha esforzado en entender mi alusión al respeto por los usos lingüísticos». Pero que haya sostenido en mi artículo una tesis contraria no quiere decir que haya interpretado mal la suya, pues no parece una discusión que tenga una solución obvia y evidente (sólo si fuera así podría pensarse que no aceptar la tesis equivale a no entenderla o malinterpretarla).

2.2. Una segunda deformación tiene que ver con las referencias de Rafael Hernández Marín al «texto de la ley». En mi artículo sostuve que «el hecho de que Hernández Marín se refiera genéricamente al "texto de la ley", sin especificar a cuál de estos textos, puede hacer pensar que esta expresión hace referencia más bien (como ocurre con su uso común) a una abstracción a partir de esos textos realmente existentes». Rafael Hernández Marín objeta que «en ningún caso (ni en el artículo, ni en el citado libro) mis referencias al texto de la ley "hacen pensar" que ese texto es una "abstracción", como dice Daniel González Lagier [aunque mi tesis era más débil: dije "pueden hacer pensar"]». Pero no aclara por qué debemos evitar esta conclusión: la expresión «texto de la ley» se utiliza (o puede pensarse que se utiliza) como una referencia a una clase, en lugar de como una referencia a un texto concreto, si se afirma que la ley se identifica con el texto de la ley y no se especifica con cuál. Ello hace que sea conveniente (aunque, como dice Rafael Hernández Marín, quizá no necesario) para una teoría como ésta especificar

cuál es este texto (y Rafael Hernández Marín anuncia la publicación de un libro donde se aclaran estas cuestiones).

Pero esta cuestión guarda relación con un «desafío» que este autor me lanza en su réplica: «le desafío -escribe- a que indique un solo ejemplo de tales fenómenos [aquéllos que la concepción realista no puede explicar y sí la concepción estándar]; y le doy un amplio plazo para ello: todo el tiempo que desee». Agradezco el plazo, pero no deseo más tiempo. En mi artículo sugerí que la concepción realista distorsiona el proceso de la actividad judicial, básicamente porque no logra dar cuenta de la pretensión de corrección con la que los jueces solucionan los casos difíciles, pero Rafael Hernández Marín rechaza este supuesto (por cierto, y dicho sea de paso, comienzo a sospechar que no decimos cosas tan distintas, y que para aclarar este punto deberíamos discutir acerca de qué entendemos por «conciencia» o «prudencia» de los jueces). Sin embargo, Rafael Hernández Marín me pide un solo ejemplo: pues bien, el no poder precisar cuál es el texto de la ley y las cuestiones relacionadas con ello constituyen un problema que la concepción estándar no plantea, y que -como reconoce Rafael Hernández Marín- debe solucionar su teoría realista. Quedamos, pues, a la espera del libro anunciado por Rafael Hernández Marín para saber si he superado el «desafío» que este autor me lanza.

2.3. He dejado para el final la principal deformación que, al parecer, cometo, esto es, la de atribuir a Rafael Hernández Marín la tesis de que «sólo existen los objetos físicos» (y otras afirmaciones que son variaciones sobre el mismo tema). Tiene razón Rafael Hernández Marín si en mi artículo he dado la impresión de que él sostiene que, en el mundo, sólo hay objetos físicos. Mi afirmación no debe entenderse, sin embargo, de manera descontextualizada, sino en el contexto de un debate sobre qué tipo de entidades existen en el «mundo del Derecho». Pues bien, Rafael Hernández Marín afirma en su artículo inicial « 1º) que no hay más Derecho que el Derecho positivo; 2º) que no hay más Derecho que la ley; 3º) que no hay más ley que el texto de la ley; y 4º) que ese texto legal es un hecho, un objeto físico»[1]. Rafael Hernández Marín aclara en su réplica que esta última frase debe entenderse como «ese texto legal es un hecho, concretamente, un objeto físico», y no como «ese texto legal es un hecho, o sea, un objeto físico». Pero se entienda como se entienda esta frase, del párrafo anteriormente citado se puede concluir (sin ninguna deformación) que, a propósito del Derecho, nuestro autor adopta como paradigma el modo de existencia de los objetos físicos. En su réplica, además, afirma que «la concepción realista del Derecho

[1] Rafael Hernández Marín, «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 348.

es una concepción factualista del Derecho, por sostener que las reglas jurídicas son objetos físicos». Añade a continuación que otras teorías factualistas identifican las normas con eventos. No lo dudo, pero estamos hablando de su concepción del Derecho; además, él rechaza esas otras concepciones, lo que me lleva a suponer que, para Rafael Hernández Marín, una concepción factualista del Derecho adecuada o correcta debe dejar fuera -como hace la suya- a los eventos.

Pero, obviamente, en mi artículo pretendí ir algo más allá de la mera constatación de que para la concepción factualista (es decir, para la concepción factualista de Rafael Hernández Marín[2]) las entidades que componen el Derecho son objetos físicos, que es en lo que consiste el núcleo de nuestra discusión. Quise sugerir (pero quizá no quedó claro) que sólo se llega a esta tesis si se parte de una especie de «prejuicio» en contra de la admisión de eventos en el Derecho. Este prejuicio se manifiesta en que en el artículo «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho» no se analiza por qué la costumbre, que consiste en una regularidad de comportamientos -es decir, eventos- junto con ciertas actitudes psicológicas -que pueden ser explicadas como eventos-, no forma también parte del Derecho. Esta cuestión no se menciona en aquel artículo y se despacha en la réplica de Rafael Hernández Marín con dos argumentos: el primero -incontestable- que las normas consuetudinarias «ni son hechos, ni son reducibles a hechos; de la misma manera que el ángel de la guarda o la fuente de la eterna juventud no son hechos, ni reducibles a hechos». El segundo tiene que ver con mi propuesta de definición de las reglas consuetudinarias (tomada de Hart a través de Juan Carlos Bayón[3]); dice así: «si aceptáramos la «reducción» sugerida

[2] Una fuente de malentendidos entre Rafael Hernández Marín y yo mismo me parece que puede haber sido de índole terminológica, pues es cierto que en mi artículo hice algunas afirmaciones sobre la concepción factualista sin precisar en todo momento que me refería en concreto a la concepción factualista de Rafael Hernández Marín.

[3] Es la siguiente: «Sintéticamente, para Hart se puede afirmar que existe en el grupo G una regla social a tenor de la cual "todo S debe hacer ⊘ en las circunstancias C", si y sólo si: 1) Existe de hecho una cierta regularidad de comportamiento, es decir, dentro de G la mayor parte de los S hacen ⊘ en la mayor parte de las ocasiones en las que concurren las circunstancias C; 2) las desviaciones respecto al comportamiento regular son motivo de crítica (...); 3) las conductas consistentes en manifestar esas reacciones críticas no suscitan a su vez reacciones críticas ulteriores por parte de los miembros de G (...); 4) los miembros de G -o al menos algunos de ellos- adoptan una "actitud crítica reflexiva" que se manifiesta en el uso del lenguaje normativo (esto es, de términos deónticos como "deber") y en apelaciones a la regla en cuestión para justificar a) por qué ellos mismos -si pertenecen a la clase de sujetos S- hacen ⊘ cuando concurren las circunstancias C; b) por qué critican a los S cuando se desvían de esa pauta de conducta; y c) por qué no consideran a su vez objeto de crítica la manifestación de esas reacciones críticas» (Juan Carlos Bayón, *La normatividad del Derecho: Deber jurídico y razones para la acción*, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pág. 449).

por Daniel González Lagier, junto a los hechos descritos en el *definiens* de la definición «reductora», tendríamos además una regla social o consuetudinaria (cuya naturaleza ontológica seguiría siendo dudosa), que ordena o prohíbe algo, y a la que alude el *definiendum*. Dicho con un ejemplo, la citada "reducción" es como "reducir" la cólera de Júpiter a los truenos, mediante la siguiente definición "reductora": "Júpiter está encolerizado sí y sólo si truena"». Reproduzco este argumento para confesar que (aunque pueda ser elemental) yo no lo entiendo: de acuerdo con el argumento, en el *definiens* no hay sólo hechos, sino también una regla consuetudinaria, pero no veo cuál de los cuatro puntos del *definiens* puede ser tal regla social, y Rafael Hernández Marín no lo aclara. Si, en cambio, lo que este argumento afirma es que estos cuatro puntos presuponen la existencia de una regla social, entonces la definición se ha entendido mal, pues lo que ésta quiere decir no es que la regla social se manifieste en estos cuatro hechos, sino que éstos hechos son las condiciones de existencia de la regla social.

En definitiva, por todo ello, sigo pensando, como afirmé en mi primer artículo, que «el problema básico de la concepción de Hernández Marín [que es una concepción sobre el Derecho, o al menos ésa es la que estamos discutiendo] es haber adoptado un concepto homogéneo de "existencia", que toma como paradigma de existencia el modo de existencia de los objetos físicos».

3. Entre otros, quisiera destacar, muy brevemente, tres puntos de mi artículo que me parece que Rafael Hernández Marín ha entendido de forma distinta a la pretendida por mí, lo que quizá haya aumentado su sensación de que fui poco fiel a sus tesis:

3.1. En mi artículo propuse cuatro formulaciones distintas de cómo podría entenderse la objeción según la cual la concepción estándar es idealista. La primera de ellas pretendía ser reflejo de la opinión de Rafael Hernández Marín. Esta formulación decía: «La concepción estándar es idealista porque admite la existencia de entidades que no son objetos físicos». Rafael Hernández Marín afirma que esta formulación sólo expresa parcialmente lo que él quería decir. Sin embargo, a mí me parece que esta formulación viene implicada por el siguiente párrafo escrito por él: «En cuanto se admita un Derecho distinto del Derecho positivo (esto es, en cuanto se admita un Derecho natural); o bien un Derecho positivo distinto de la ley (como los principios generales del Derecho o el Derecho consuetudinario); o bien se rechace la identificación entre la ley y el texto de la ley se está sosteniendo, al menos parcialmente, una concepción idealista, no empírica, del Derecho»[4]. De acuerdo con este párrafo, si se afirma que existe un Derecho

[4] «La concepción estándar y la concepción realista del Derecho», pág. 351.

positivo distinto de la ley o no se identifica a ésta con el texto de la ley, se admite una concepción idealista. Ahora bien, como el texto de la ley es un objeto físico (y dado que no se ve qué otros objetos físicos pueden ser relevantes como entidades jurídicas), estas afirmaciones implican mi primera formulación: la concepción estándar (que es una concepción sobre el Derecho) es una concepción idealista porque admite la existencia (en el Derecho) de entidades que no son objetos físicos (esto es, de entidades distintas al texto de la ley, entendido como lo hace Rafael Hernández Marín).

A partir de esta formulación, pretendí (1) señalar la conveniencia de abrir la posibilidad a la admisión de hechos o eventos en el Derecho (y recurrí a algunos párrafos de Russell para mostrar algunas diferencias entre objetos y hechos, lo que no implica aceptar toda la ontología del atomismo lógico); (2) señalar la diferencia entre «lo que realmente existe» y «lo que creemos que realmente existe» (lo que no implica asumir la existencia de dos mundos: sino del mundo y de las creencias sobre el mismo) y la conveniencia de adoptar una perspectiva científica (es decir, de guiarse por las creencias de los científicos acerca de lo que existe); y (3) mostrar la influencia del potencial explicativo y práctico de nuestras creencias acerca de lo que existe (y las de los científicos) a la hora de escoger una u otra teoría. Cada una de las argumentaciones tendentes a sostener estas tesis concluía con la conveniencia de reformular la objeción de idealismo contra la concepción estándar, para adaptarla a las nuevas perspectivas que se abrían en cada caso. Por ello, hablé en todo momento de formulaciones o, incluso, reformulaciones de la objeción de idealismo, y utilicé expresiones como «si modificamos consecuentemente el argumento contra la concepción estándar...», «tendríamos que reformular el argumento como sigue...». En ningún momento sostuve que se trataba de formas distintas de interpretar la objeción de Rafael Hernández Marín (salvo por lo que se refiere a la primera formulación). Por ello, este autor muestra haberme entendido mal cuando afirma que «las otras tres interpretaciones o formulaciones que Daniel González Lagier hace de mi tesis "la concepción estándar del Derecho es idealista" no se aproximan, ni remotamente, a mi pensamiento». Nunca lo pretendieron.

3.2. Tampoco afirmé en ningún momento, ni creo que se desprenda de mis tesis, que una concepción idealista del Derecho es preferible a una concepción factualista. Rafael Hernández Marín no señala dónde digo tal cosa, ni creo que pueda hacerlo, así que no comprendo por qué escribe que «a Daniel González Lagier, como a la mayoría de los juristas, esta conclusión le parece "contraintuitiva", "chocante", "extraña", etc. Según él, el que una concepción del Derecho sea una concepción empírica del Derecho no es algo digno de elogio. Al parecer, es mucho más intuitivo, racional, plausible,

elogiable, etc., sostener lo contrario, o sea, las dos tesis antes citadas: que existe un mundo de ideas y que allí moran las entidades jurídicas». Ciertamente, he usado expresiones como «extraña», «chocante» y «contraintuitiva», pero no en contra de cualquier concepción empírica del Derecho, sino exclusivamente en contra de la concepción factualista del Derecho de Rafael Hernández Marín (que me parece la más «chocante», «extraña» y «contraintuitiva» de las que conozco). Quizá haya que recordar a este autor algo de lo que parece haberse olvidado (olvidado sólo a propósito de estas críticas, pero que él mismo me recuerda en otro momento): que no es el único representante de las teorías empíricas del Derecho, por lo que no puede extender mis críticas a su concepción al resto de concepciones empíricas, factualistas o incluso realistas (pues la concepción realista del Derecho de Rafael Hernández Marín no es la única concepción realista del Derecho).

Precisamente porque creo que debe rechazarse el idealismo en el ámbito del Derecho (y no sólo en él), he tratado de mostrar que es falso que la concepción estándar sea necesariamente idealista y -como el propio Rafael Hernández Marín menciona críticamente- que los principios generales del Derecho y las reglas consuetudinarias no tienen por qué entenderse necesariamente como entidades ideales (mis argumentos siguen siendo los mismos, por lo que no voy a reproducirlos). Me niego a admitir que las alternativas sean, o bien ser idealista, o bien acoger la concepción de Rafael Hernández Marín, sin considerar antes otras posturas empiristas.

3.3. Por último, la primera objeción de Rafael Hernández Marín. Considera este autor que haber titulado mi artículo «Los presupuestos ontológicos del Derecho» es un error, pues nuestra discusión no versa acerca de cuáles son los presupuestos ontológicos del Derecho, sino acerca de si éstos son correctos. Pero esta objeción presupone que «Los presupuestos ontológicos del Derecho» ha de interpretarse como «¿Cuáles son los presupuestos ontológicos del Derecho?», y no como «¿Son correctos los presupuestos ontológicos del Derecho?». Pero, ¿por qué habría de ser así? El título de mi artículo sólo dice que vamos a hablar sobre los presupuestos ontológicos del Derecho, y podremos hablar sobre cuáles son o sobre si son correctos. El título no prejuzga sobre cuál de las dos cosas vamos a hablar, salvo que se haga una injustificada interpretación restrictiva o parcial.

4. No quisiera concluir sin plantearme la siguiente cuestión: ¿Qué razones pueden explicar los malos entendidos por parte de uno u otro? (hasta tal punto que en algún momento parece que estemos hablando de artículos distintos). Rafael Hernández Marín me achaca a mí todos los malentendidos y sugiere que pueden deberse a la falta de buenas intenciones o a la falta de la debida diligencia. Pues bien, aunque yo sé que no me ha faltado

buena intención (¿por qué habría de faltarme?) y creo -no: estoy seguro que tampoco la debida diligencia, no tengo inconveniente en asumir por los dos todo el peso de la culpa ni en cargar los malentendidos en la cuenta de mi propia torpeza tanto al interpretar a Rafael Hernández Marín como al expresarme en mi artículo (un beneficio de la duda que él no me ha concedido, sin embargo). Pero como me resisto a considerar mi torpeza como absoluta incompetencia, encuentro consuelo en pensar que la cuestión de «los presupuestos ontológicos del Derecho» (en el sentido de «¿son correctos los presupuestos ontológicos del Derecho?») es un tema sumamente difícil. Aunque tengo fuertes intuiciones -compartidas por la mayoría de los juristas- acerca de que mi postura es la correcta, y aunque actúe en mi trabajo cotidiano asumiendo sin más reflexión «los presupuestos ontológicos del Derecho» (ahora en el sentido de «¿cuáles son los presupuestos ontológicos del Derecho?») de la concepción estándar, he de reconocer que no resulta fácil abogar con sólidos argumentos filosóficos por esta postura (pero tampoco, por cierto, por la contraria). Éste es un reto que todavía hemos de vencer, y recordárnoslo es uno de los méritos de la obra de Rafael Hernández Marín.

CORRESPONDENCIA ENTRE ERNESTO GARZÓN VALDÉS Y JUAN RAMÓN CAPELLA

Bonn, 2 de octubre de 1998

Juan Ramón:

Con sorpresa y desagrado he leído en el prólogo que escribiste al libro de Carlos María Cárcova, *La opacidad del derecho*, Madrid: Trotta 1998, una alusión vía «descripción definida» a mi persona. Sé también que en cartas dirigidas a colegas y amigos has reiterado tus juicios, esta vez con nombre y apellido.

Ante tamañas acusaciones pienso que no caben más que dos alternativas: la de la desinformación o la de la calumnia. La primera es parcialmente reparable, ya que podría ser interpretada como el producto de datos equivocados que no habrías podido verificar. En este caso serías un desinformado apresurado. La segunda constituye la forma más vil de acusación gratuita, secular instrumento de la infamia. Es el caso de todo inquisidor cobarde. Aquí no hay excusa que valga sino que tan sólo cabe el desprecio. Esta carta tiene por fin hacerte conocer algunos datos sobre mi persona. Tú sabrás, después de leerlos, en cuál de las dos categorías debes colocarte ante ti mismo y ante los demás.

1. Ningún demócrata cabal anda por el mundo luciendo «patente de demócrata» (pág. 11 de tu prólogo). Tampoco se nace demócrata o totalitario pero tal vez ambas formas de comportamiento político pueden aprenderse desde la infancia, en la propia familia. Con respecto al talante democrático, afortunadamente tal es mi caso. La de mi padre es una de las 15 firmas que aparecen al pie del llamado «Manifiesto liminar» de la Reforma Universitaria de Córdoba (Argentina) de 1918. Se trata de un documento cuyo título es «La juventud universitaria de Córdoba a los hombres libres de Sudamérica» y fue el comienzo de uno de los movimientos democráticos más vigorosos e influyentes del siglo XX latinoamericano. Desde que tengo uso de razón he sabido que la democracia es la única forma éticamente justificable de gobierno.

2. En 1958 fui designado Agregado de Embajada por el gobierno de Arturo Frondizi. Inicié así desde el escalón más bajo una carrera que concluyó

con mi expulsión del Servicio Exterior el 28 de marzo de 1974 (Resolución Nº 434) por disposición del entonces Ministro de Relaciones Exteriores Alberto J. Vignes, miembro de la logia P-2 y estrechamente vinculado a la Alianza Anticomunista Argentina (AAA) (cfr. Sergio Flamigni, *Trame atlantiche. Storia della Loggia massonica segreta P2*, Milán: Kaos Edizioni 1996, pág. 93). Creo que no necesito extenderme en la caracterización del tercer gobierno de Juan Domingo Perón en donde personajes como José López Rega y Alberto J. Vignes sembraban el terror con el auxilio de la AAA.

3. Mi expulsión y consiguiente exilio en Alemania (fui amenazado de muerte por la AAA) no fue «una noche donde todos los gatos son pardos» sino una dolorosa experiencia personal de la que, por ventura para ti, te salvaste aun en los peores tiempos del franquismo. A raíz de mi expulsión, Ernesto Sábato publicó el 17 de abril de 1974 en los diarios más importantes de la Argentina una carta abierta en la que, entre otras cosas, se dice: «Al llegar a Alemania todo el mundo me habló de la admirable labor de Ernesto Garzón Valdés... Incansablemente luchó con medios precarios para difundir lo mejor de nuestro espíritu, con absoluta independencia de grupos, políticas y rencillas caseras. El premio fue su traslado a la embajada en Bonn en condiciones humillantes. Y no había terminado de instalarse materialmente cuando, ante el asombro de los funcionarios alemanes y el bochorno de los argentinos, fue echado...». El 4 de mayo de 1974, los diarios argentinos publicaron una solicitada titulada «Prescindir de los mejores». En ella se decía: «Este funcionario (E. G. V.) de conducta ejemplar fue hasta su traslado a Alemania Director de Relaciones Culturales de la Cancillería. Bajo su gestión, hombres de ciencia, artistas y escritores recibieron su más decidido apoyo sin distinción alguna de tendencias o ideologías; la cultura argentina se vio representada con jerarquía en el mundo entero.» La solicitada estaba firmada por más de ochenta escritores, científicos y artistas argentinos, entre ellos, Jorge Luis Borges, Héctor A. Murena, Victoria Ocampo, José Luis de Imaz, Félix Luna, Jorge Bacqué, Genaro Carrió, Carlos S. Nino, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Thomás M. Simpson, Ezequiel de Olaso, Roberto Vernengo y también el autor del libro de tu prólogo: Carlos Cárcova (cfr. la nota biográfica de Jorge Malem en *Doxa* Nº 4, pág. 403).

4. Desde 1958 hasta 1974, todos los ascensos en el Servicio Exterior se ajustaron a los tiempos y requisitos legales, con excepción del gobierno de Onganía, cuando no fui ascendido a Ministro, a pesar de que legalmente me correspondía. Como posiblemente sabrás, en el servicio diplomático todo funcionario de una cierta jerarquía tiene a su cargo algún departamento o división. En mi calidad de Consejero de Embajada, tuve a mi cargo también un departamento: el de Relaciones Culturales, no sólo durante el gobierno de la llamada Revolución Argentina sino también bajo el de Héctor Cámpora y el tercer gobierno de Perón (como lo testimonia la solicitada mencionada).

No se trata aquí de «destacados cargos institucionales», como dices en tu prólogo, sino de un departamento meramente administrativo cuya dirección podía asumir un funcionario de jerarquía media, cual es la de Consejero de Embajada. El hecho de que siguiera desempeñando el mismo cargo hasta mi expulsión por Perón y su adlátere de la P-2 es prueba clara de la irrelevancia política del cargo. Jamás he ocultado esta función y a ella se hace especial mención en la pág. 401 del mencionado número de *Doxa*. Lo que sí no he andado proclamando a los cuatro vientos es que justamente por mi labor en aras de la cooperación cultural y científica de la Argentina con el mundo en los años del Departamento de Asuntos Culturales, el 11 de septiembre de 1992, la Secretaría de Ciencia y Técnica de la República Argentina me otorgó el «Premio de Cooperación Científica Internacional Luis Federico Leloir» (Leloir fue Premio Nobel argentino). Nunca creí necesario hacer referencia a este tipo de distinciones en mi currículum académico. Ello no obedece a «actitudes ambiguas» sino a una elemental sobriedad que me gusta practicar.

5. En tu prólogo te refieres al «breve interregno democrático que siguió a la caída de otra dictadura, la del general Onganía». Conviene corregir aquí un error de información histórica: el gobierno de Héctor Cámpora no sustituyó al de Onganía sino al de Lanusse. Pero ya que te interesas por mis cargos «institucionales», quiero que sepas que justamente durante el gobierno de Cámpora (cuya orientación de centro-izquierda creo que no pondrás en duda) fui director de la Dirección General de Política de la Cancillería argentina. Este cargo, junto con el de Canciller y el de Subsecretario, sí tiene una connotación claramente política. El hecho de que el primer Canciller democrático después de la dictadura militar me designara para ese puesto creo que testimonia cuál era mi ideología (no por cierto peronista sino democrática). Durante mi breve gestión (breve fue también el gobierno de Cámpora), se reiniciaron relaciones diplomáticas con Cuba y se iniciaron relaciones con la República Democrática Alemana.

Cuando el presidente Salvador Allende visitó Buenos Aires con motivo de la asunción a la presidencia de Héctor Cámpora, el gobierno argentino me designó edecán civil de Allende. Creo que coincidirás conmigo en suponer que el gobierno no encomendaba este cargo a quien, según tú, todavía no habría descubierto el valor ético de la democracia. En Buenos Aires, inicié una buena amistad con Allende y su ministro Orlando Letelier. Los trágicos acontecimientos del 11 de septiembre pusieron fin a esta relación.

6. El 27 de febrero de 1985 fue reincorporado al Servicio Exterior con el rango de Embajador Extraordinario y Plenipotenciario por el gobierno de Raúl Alfonsín, en virtud del Decreto Nº 406/85.

En junio de 1987 pedí mi retiro del Servicio Exterior por disconformidad con la forma como el gobierno nacional había encarado la llamada «rebelión

de Semana Santa» y las exigencias de los militares sublevados. Por Resolución Nº 835 del 30 de junio de 1987, se aceptó mi renuncia.

7. Por lo que respecta a mi actividad intelectual y universitaria, aquí van algunos datos que pueden ser de interés. En 1956 ingresé a la Universidad Nacional de Córdoba con el cargo de Auxiliar de Investigaciones en la cátedra de Filosofía del Derecho. Mi primer seminario versó sobre los escritos de juventud de Marx. Con el transcurso de los años, me desempeñé como catedrático por concurso en la Universidad de la Plata, profesor asociado en Buenos Aires y adjunto de Filosofía del Derecho en Córdoba. La oposición para catedrático en Córdoba no pudo realizarse nunca por recursos interpuestos por Guido Soaje, distinguido representante de la más reaccionaria filosofía tomista en Córdoba.

En Buenos Aires tuve el privilegio de formar parte del grupo liderado por Ambrosio Gioja, intelectual de firmes convicciones democráticas y liberales. En 1966, cuando se produce la tristemente célebre «noche de los bastones largos», reunidos en casa de Gioja, los integrantes de su cátedra acordamos que cada cual quedaba en libertad para decidir su permanencia en la Universidad. Genaro Carrió, Jorge Bacqué y Eduardo Rabossi renunciaron. Ambrosio Gioja, Carlos Alchourrón, Eugenio Bulygin, Carlos S. Nino y yo, entre muchos otros, seguimos en la Universidad. Pero, a partir de ese momento, comenzamos a dictar seminarios sobre temas vinculados con problemas de la democracia. Uno de los textos elegidos a tal efecto fue el libro de Karl Popper, *La sociedad abierta y sus enemigos*. También se estudió *Por qué democracia*, de Alf Ross, cuya versión castellana fue publicada décadas más tarde en tu país por el Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, a raíz de una iniciativa de su entonces director Francisco Laporta.

En junio de 1976 se me comunicó que había sido expulsado de la Universidad Nacional de Córdoba por decreto 486/76, que lleva la firma del Mayor Hugo Luján, Delegado Militar en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Fueron expulsados también todos los miembros del Instituto de Filosofía del Derecho -a mi cargo hasta salida del país en enero de 1974-, inclusive la secretaria administrativa, Lucy Faas. Se desmanteló la biblioteca del Instituto y se retiró de las librerías mi tesis doctoral publicada en 1970 sobre el problema de la «naturaleza de las cosas» en el pensamiento alemán contemporáneo. Se trata en este libro de una clara defensa de la ideología democrática y de un severo ataque al irracionalismo jurídico que, como decía Hans Kelsen, es «la atmósfera específica en la que siempre se han desarrollado óptimamente las diversas formas de la autocracia». Mayor información sobre esta expulsión colectiva puede proporcionártela Ricardo Caracciolo, Ernesto Abril o Jorge Malem: el que prefieras.

En 1985 se me ofreció reintegrarme a la docencia en la Universidad Nacional de Córdoba. Mis tareas en Maguncia me impidieron aceptar esta designación.

En 1992, la Universidad Nacional de Córdoba, como gesto de desagravio por lo padecido durante la dictadura militar, me otorgó el título de Dr. honoris causa. Tal vez te interese saber que éste fue un gesto insólito ya que durante el siglo XX la Universidad Nacional de Córdoba había sido reacia a otorgar este título a sus egresados. En el siglo XIX, una de las pocas excepciones es Dalmacio Vélez Sarsfield, autor del Código Civil argentino.

Así, pues, para que quede bien claro: en marzo de 1974 fui expulsado del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y amenazado de muerte por la AAA, organización terrorista creada por el propio Perón (cfr. Miguel Bonasso, *El Presidente que no fue. Los archivos secretos del peronismo*, Buenos Aires: Planeta 1997, pág. 442). Como podrás imaginarte no estaba dispuesto a darle a la AAA la oportunidad de efectivizar su amenaza. Por ello me exilié. En junio de 1976 ya había sido expulsado de la Universidad Nacional de Córdoba. ¿Te parece todo esto poco para justificar el exilio? ¿Es necesario andar aclarando y decir: exilio 1: desde el 28 de marzo de 1974 hasta el 24 de marzo de 1976; exilio 2: desde el 24 de marzo de 1976 hasta el 10 de diciembre de 1983? ¿O tendría que haber vuelto a mi país el 25 de marzo de 1976 y salir de inmediato nuevamente (si la AAA y la P-2, unidas ahora a los terroristas de Estado, no me hacían «desaparecer» antes) para iniciar así un «auténtico» exilio «videlista»? Si te cuesta comprender el problema de la continuidad del exilio, te aconsejo leas mi trabajo «La emigración argentina: sus causas ético-políticas» publicado en *Derecho, ética y política* (Madrid: Centro de Estudios Constitucionales 1993, págs. 811-840).

8. Por lo que respecta a mis publicaciones, ellas son de fácil acceso pues las escritas hasta 1993 están recopiladas en *Derecho, ética y política*. Sin embargo, como parece que pones en duda mis convicciones democráticas, te aconsejaría que leyeras mi «La polis sin politeia» (*Sur* 286, enero-febrero 1964, págs. 30-41), uno de los primeros trabajos en lengua castellana sobre Ernst Bloch, o «Derecho natural e ideología» (*Revista de Derecho Penal y Criminología*, Buenos Aires, mayo 1968 págs. 15-23). En este trabajo puse de manifiesto la influencia del iusnaturalismo en la ideología jurídica nacional socialista.

En 1967, traduje y publiqué con Eugenio Bulygin el libro de Herbert Marcuse, *Cultura y sociedad* (Buenos Aires: Sur 1967). Ésta fue la primera traducción al castellano de una obra de Marcuse.

Te hago mención de estos trabajos porque ellos fueron publicados en los años en los que según tu prólogo, habría sido colaborador de dictaduras.

9. El supuestamente ofensivo «reconocimiento de maestro» es algo que, por definición, no puedo otorgármelo. Jamás he pretendido serlo ni ando por

el mundo escogiendo «elegidos». Tampoco practico el elogio fácil. La vida intelectual se forja en la discusión franca de las ideas sin que ello afecte las relaciones personales. Si te tomas el trabajo de leer mi polémica con no pocos colegas argentinos y españoles sobre la relación entre derecho y moral, por ejemplo, tendrás una buena prueba de lo que aquí te digo. Quienes me conocen saben que soy enemigo de lo fatuo y que más bien procuro no hacer gala de los pocos méritos que pueda tener. Todo lo que aquí he expuesto lo he hecho tan sólo para poner las cosas en su lugar y corregir datos malévolos. Mis amigos y colegas españoles, en momentos durísimos de mi vida, me dieron asilo académico y me permitieron salir dignamente del túnel del exilio. Con ellos he mantenido un fecundo diálogo intelectual sin aspirar jamás a llevar la voz cantante en nada. En su hora, quise agradecer de algún modo esta cordialidad espiritual y edité en alemán la primera antología del pensamiento iusfilosófico español publicado en esa lengua: *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie* (Berlín: Duncker & Humblot 1990). Allí incluí un trabajo tuyo: «Schiechte Zeiten für die Ethik» (págs. 235-246). En la introducción a esa antología hacía elogiosa referencia a tu obra y a la de Manuel Sacristán (puedes comprobarlo en la versión castellana de ese texto publicada en mi libro *Derecho, ética y política*, pág. 297).

Pongo punto final a esta carta que nunca hubiera deseado escribir. La verdad es que me cuesta conciliar el texto de tu prólogo con el abrazo que me diste hace unos meses en la librería Laie de Barcelona (el libro de Cárcova ya se había publicado pero no había llegado todavía a mis manos). ¿En qué pensabas en ese momento? Al recordar tu actitud no puedo evitar evocar algún cuento memorable de Borges en su *Historia Universal*.

No sé hasta qué punto es necesario hacer recuentos de «méritos» para ayudar a una persona a que se autoclasifique como «desinformado apresurado» o como «vil calumniador». Si lo he hecho es por una presunción general de inocencia y mediana tolerancia. Ésta es una actitud que he procurado mantener a lo largo de mi vida y no estoy dispuesto a cambiarla.

Ernesto Garzón Valdés

PS. Te adjunto fotocopias de todos los documentos mencionados en esta carta como así también de la Resolución Nº 1 de fecha 29 de mayo de 1973 por la que el Canciller de Cámpora, Juan Carlos Puig, me encomienda la Dirección General de Política «sin perjuicio de las funciones que cumple actualmente» (Relaciones Culturales). ¿Crees que la primera resolución de un Canciller democrático tenía por finalidad castigar a un colaborador «institucional» de las dictaduras encomendándole el tercer cargo jerárquico del Ministerio?

Prof. Dr. D. E. Garzón Valdés
Rolandstraβe 56
53179 Bonn

Barcelona, 17.10.1998

Ernesto:

La dictadura militar argentina de Onganía, Levigston y Lanusse vulneró la Constitución, disolvió los partidos, y persiguió, torturó, encarceló y en algunos casos asesinó a sindicalistas, dirigentes estudiantiles y militantes políticos y de asociacionismo civil. Fue apoyada por sectores autoconsiderados liberales de la burguesía argentina, críticos del radicalismo y del presidente Illia, que prefirieron la dictadura militar a la previsible victoria electoral plebeya del peronismo. Además de los crímenes, a esa dictadura y a quienes la apoyaron les incumbe la responsabilidad de sembrar en muchos jóvenes la creencia de que la lucha armada era el único medio de combatir el injusto dominio autocrático de un solo sector social; la responsabilidad de abrir abismos sociales que condujeron a una tragedia sin precedentes en la historia del país, tragedia que aún pesa sobre él.

Tu larga carta y sus documentos anexos aseveran que tu colaboración institucional con el régimen militar tuvo menos carácter político que administrativo. En España las Direcciones Generales (p. ej. la de Relaciones Culturales, en Exteriores) son cargos políticos. La alusión que te concierne en mi prólogo a *La opacidad del derecho* de C. M. Cárcova, basada en la analogía, resulta injusta a tenor de lo que dices en tu carga. Expresaré esta apreciación en la próxima edición del prólogo en que figura la alusión, que en adelante desaparecerá, y enviaré copias de la presente a colegas interesados. También la haré pública en un texto independiente que haga al caso.

Tal texto, eventualmente, podrá reelaborar y ampliar la idea central del prólogo mencionado: la responsabilidad de los intelectuales, en la especie de los filósofos del derecho. Las reacciones a mi alusión a propósito de tu persona por parte de algunos colegas, reacciones «schmittianas» que nada han hecho para eliminar la confusión y sí para demonizar el fondo del asunto, amén de volverse también contra amigos míos que no son en absoluto responsables de mis actos, han resultado esclarecedoras. Confirman que las ideas de responsabilidad y de democracia se elaboran diferentemente «dentro de Palacio» y «fuera de Palacio» -según la conocida metáfora de Pasolini.

Como debería ser obvio, «fuera de Palacio» las convicciones democráticas no bastan si no se objetivan en prácticas reales.

Atentamente,

Juan Ramón Capella

P.S. Nuestro encuentro casual en «Laye» se produjo en junio de 1997; elaboré mi prólogo en diciembre de ese año. El libro de C. M. Cárcova apareció en 1998.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A AULIS AARNIO

***Manuel Atienza**: En el número 1 de Doxa, en 1984, distinguías tres etapas en tu trabajo como filósofo del Derecho: la primera, durante la década de los 60, habría estado dedicada a la elucidación de algunos conceptos de la dogmática jurídica; la segunda, que comprendería la primera mitad de los 70, a la explicación intencional de la conducta jurídica; y la tercera, a la justificación de las decisiones jurídicas. ¿Cabría hablar de una cuarta, o quinta, etapa en tu obra teórica?*

Aulis Aarnio: En los años 90, la teoría de la argumentación jurídica ha estado, de alguna forma, en el trasfondo de mi obra. Este cambio quizás pudiera caracterizarse diciendo que, como filósofo del Derecho, estoy más interesado en las precondiciones de la argumentación (de la justificación) que en la teoría de la argumentación en sí misma. Con lo de «precondiciones» me refiero, por ejemplo, a las bases ontológicas del pensamiento jurídico. ¿En qué sentido específico existen las instituciones jurídicas? Esta cuestión no está contestada por la teoría jurídica institucional de Neil MacCormick y Ota Weinberger. Por el contrario, el convencionalismo que, entre otros, representa Eeerik Lagerspetz parece ofrecer posibilidades atractivas.

Relacionado en parte con lo antes mencionado, he empezado a reflexionar sobre la cuestión de la función del Derecho en la constitución de las relaciones sociales o, en último término, en la constitución de la sociedad. La tarea del Derecho consiste en fortalecer la integración social (y la socialización). Es ésta la razón de que para mí sea más importante investigar sobre cómo es que las normas jurídicas forman la base de la sociedad, más bien que estudiar cuál es su estructura o cómo pueden ser representadas lógicamente.

Ésta es la razón por la que he tratado, más que anteriormente, de tomar en consideración la naturaleza societaria del Derecho. Sin embargo, al reflexionar sobre ello, no he utilizado los conceptos que se usaron hasta el final de los 80. En mi opinión, las teorías colectivistas, tal como los diversos

modelos marxistas, por ejemplo, no ofrecen un fundamento aceptable para comprender la sociedad de comienzos del siglo XXI. Por un lado, ha aumentado el dominio de las fuerzas del mercado y, como resultado de ello, se ha remarcado el individualismo extremo, como dicen los post-modernistas. Muchos pensadores neoliberales y sus seguidores no teóricos sostienen que es imposible dirigir la sociedad -que se desarrolla de acuerdo con las fuerzas del mercado.

No me gustaría ceder a este tipo de concepciones deterministas, con independencia de si las ideas vienen de concepciones colectivistas o de la creencia en las fuerzas del mercado. Baso mi concepción en la idea de que existe una «tercera vía», mediante la cual pueden evitarse ambos extremos. El Derecho tiene una importante tarea en el diseño teórico de la tercera vía. En cualquier caso, es un desafío al Derecho.

Ésta ha sido también una razón esencial por la que se fundó la revista *Associations* (Dunker & Humblot, Berlín). Como editor en jefe, suscribo el objetivo básico señalado en la comunicación de la fundación de la revista, esto es, la búsqueda de alternativas a la situación socio-política prevalente.

La idea de la tercera vía ha tenido también otro tipo de impacto en mi pensamiento. Considero a la ciencia jurídica como una de las ciencias sociales esenciales, incluso más fundamental o al menos tan fundamental como la sociología teórica. Aquí es una cuestión del diseño teórico de la sociedad, porque la sociedad toma su forma siempre y en todos los lados a través del Derecho. En su parte fundamental, el Derecho conforma aquellas relaciones sociales cuya red teórica es la misma que la de la sociedad.

En años recientes, en mis escritos he remarcado especialmente este rol de la ciencia jurídica. Y si el problema se contempla de esta forma, la teoría jurídica tiene mucho en común con la sociología teórica (no con la sociología empírica) y con la teoría política. Ambas analizan la construcción de la sociedad.

Quizás hayan sido estas ideas las que me han llevado a mostrar un renovado interés por la teoría de la acción de Georg Henrik von Wright, en la que estuve muy interesado en los años 70. En aquel momento, examinaba fundamentalmente la posibilidad de comprender la acción de un actor individual, por ejemplo, la conducta de un juez, sobre la base de su motivación. Hoy en día, me ocupo más, por así decirlo, de las acciones colectivas. ¿Qué es una acción jurídica, en cuanto acción colectiva? ¿Cómo funciona la teoría de las acciones colectivas en la interpretación de las instituciones sociales? He examinado estos problemas en dos de mis artículos recientemente publicados (un artículo en *Ratio Juris*, de 1998, y un trabajo en el *Festschrift* a Georg Henrik von Wright, editado por Georg Meggle en 1998).

M. A.: *¿Cuáles consideras que han sido tus principales contribuciones a la teoría del Derecho desde 1984?*

A.A.: Desde 1984, mis principales contribuciones han estado vinculadas a la teoría de la argumentación, y durante el último o los dos últimos años, a la filosofía social en el sentido antes mencionado.

Las obras principales referidas a la teoría de la argumentación son «The Rational as Reasonable» (Kluwer, 1987), que ha sido traducida al castellano por el Centro de Estudios Constitucionales; y «Reason and Authority» (Ashgate, 1997). Además he publicado docenas de artículos sobre el tema en varias lenguas.

En cuanto a los contenidos, lo que quizás valoro más -si se me permite hablar así- son algunas de mis observaciones sobre ontología del Derecho, como, por ejemplo, las publicadas en el *Festschrift* a Ernesto Garzón Valdés. También se relacionan con esto algunas de mis interpretaciones de Wittgenstein; especialmente, el concepto de «forma de vida» y otros conceptos relacionados con él. Quizás haya sido también capaz de decir algo importante en relación con el punto de vista procedimental en el pensamiento jurídico, sobre lo que también Robert Alexy ha escrito mucho. Y todo ello está vinculado con los análisis que conciernen a la legitimidad del Derecho y de la actividad jurídica.

M. A.: *¿Cuáles son tus intereses y tus proyectos iusfilosóficos en el momento presente?*

A. A.: Sobre mis intereses en este momento en filosofía del Derecho, se desprenden claramente de mi contestación a la primera pregunta. Hablando en general -y repitiendo lo antes mencionado- el foco de interés de mi pensamiento se ha trasladado drásticamente hacia la filosofía social. En su sentido técnico, la teoría de la argumentación no es ya, en mi opinión, tan interesante como acostumbró a serlo; por ejemplo, la teoría de las normas difícilmente tiene algo nuevo que ofrecerme.

Si mis fuerzas me lo permiten, planeo escribir en los próximos anos algo así como una síntesis de mi pensamiento. Naturalmente, se basará en mis escritos previos, pero el énfasis en la filosofía social resultará sustancialmente más evidente que en cualquiera de los escritos que he publicado hasta ahora.

M. A.: *Hemos hablado indistintamente de teoría del Derecho y de filosofía del Derecho. ¿Cómo ves la situación actual de nuestra disciplina, cualquiera que sea el nombre que se le quiera dar?*

A. A.: La posición de la teoría jurídica, al menos en los países nórdicos, no ha llegado a ser tan sólida como en los años 80 pensábamos que llegaría a ser. Muchas disciplinas jurídicas no teoréticas han logrado una firme posición en las Facultades de Derecho. A pesar de ello, diría que la teoría jurídica

deberá hacer frente, en el siglo XXI, a un importante desafío. El desafío lo planteará el desarrollo de Europa o, por qué no, también el desarrollo a nivel mundial.

Por un lado, se está produciendo una fuerte globalización y, por otro lado, una fuerte tendencia al localismo (en Europa, el regionalismo). También las fuerzas del mercado están incrementando su poder a costa de las democracias. Los políticos apelan cada vez más al hecho de que el espacio de la política se está empequeñeciendo. Como dice John Kenneth Galbraith, predomina «una tiranía de las circunstancias».

Una de las tareas esenciales de la filosofía social y jurídica consiste en examinar si esto es o no cierto. De manera específica, la filosofía jurídica, al ser un área clave de la filosofía social, tendrá que hacer frente a este desafío. Una vez más, hago referencia a lo que he dicho sobre la tercera vía. La filosofía jurídica debe ser capaz de asumir conceptualmente el papel del Derecho en una realidad cambiante. Anticipo que, en este proceso, los medios teóricos del siglo XX (lógica deóntica, teoría de las normas, teoría de la argumentación) no pueden ser utilizados en el siglo XXI, de la forma como fue todavía posible en los años 50 cuando empecé a investigar en filosofía jurídica.

Georg Henrik von Wright escribió en una ocasión, refiriéndose al desarrollo social antes mencionado, que necesitaríamos un nuevo Marx para analizar la situación social imperante. La teoría del nuevo Marx. no podría ser la misma que la de Karl Marx, pero tendría la misma función y tarea. La anti -socialización y la desintegración en las relaciones sociales, por ejemplo, no pueden continuar indefinidamente. En uno u otro estadio, comenzará un nuevo tipo de socialización, pero probablemente no estará basado en ninguna teoría que resulte hoy visible. Será alguna otra cosa, la tercera vía. ¿Pero qué puede ser? No soy capaz de imaginarlo. La sociedad es demasiado no-transparente para poder hacerlo.

Sin embargo, creo que en el futuro habrá una cuestión que resultará más visible de lo que hoy es: la dirección de la sociedad con medios democráticos. Y ello, por su lado, llevará a una situación en la que las cuestiones de valores (morales) importarán más que en el presente. Las sociedades y las instituciones tendrán que tomar postura acerca de qué es lo mejor del hombre en el mundo. Y una vez más, se trata de cuestiones fundamentales de la filosofía jurídica. Como todos sabemos, la filosofía jurídica ha tratado siempre con cuestiones de valores. A veces, los valores se han situado fuera del Derecho (positivismo extremo), y a veces se han visto los valores como el centro del Derecho (Derecho natural). En el futuro, también en relación con este dilema, tendremos ante nosotros la tercera vía, en la que los valores tienen más significado de lo que un positivista desearía darles, pero en la que

los valores tratan también de evitar los peligros del Derecho natural. Aquí, las obras de Carlos Santiago Nino tienen mucho que enseñamos.

Todo esto lo he dicho con grandes reservas. Me gustaría citar de nuevo a Georg Henrik von Wright: El búho de Minerva ha alzado el vuelo. Comienza su vuelo al atardecer. En el desarrollo social, esto significa que lo anterior camina irreversiblemente hacia su fin, pero somos incapaces de ver con claridad qué es lo nuevo que reemplazará a lo viejo. Sólo podemos estar seguros de que en el futuro la filosofía jurídica será tan necesaria como hoy o incluso de manera más aguda. Las respuestas existen «en algún lado»; sólo necesitamos encontrar las preguntas correctas. Las nuevas generaciones deben buscar persistentemente esas cuestiones.

M. A.: *Durante esta entrevista, has afirmado varias veces que no consideras ya a la teoría de la argumentación jurídica como un campo de especial interés. Sin embargo, si, como dices, se produce «la dirección de la sociedad por medios democráticos», ¿no significa eso que necesitaremos un uso creciente de medios argumentativos? Y en cualquier caso, ¿a qué se debe esa pérdida de interés en la teoría de la argumentación jurídica?*

A. A.: Al mencionar que mi interés en la teoría de la argumentación jurídica ha disminuido, no quiero decir que niegue el valor de esa teoría. Sólo he remarcado que mis posibilidades para el desarrollo técnico de esa teoría están simplemente agotadas. O quizás deba decir que he formulado las bases de mi teoría de la argumentación de una manera que resulta suficiente considerando cuáles son los propósitos que hoy en día considero necesita la teoría. Como cuestión de hecho, mi atención se dirige cada vez más hacia la función social y la influencia de la teoría de la argumentación.

En mi propio país, he trabajado durante varios años en el desarrollo del razonamiento de las decisiones judiciales. Puesto que Finlandia es un pequeño país, cabe decir que la teoría jurídica ha tenido éxito en sus esfuerzos, al menos de forma razonable. Los tribunales de justicia han internalizado mucho de lo que se ha presentado, por ejemplo, en los libros «Interpreting Statutes» (1991) e «Interpreting Precedentes» (1997), ambos editados por Neil MacCormick y Robert S. Summers. En mi opinión, la naturaleza de este cambio social es un interesante objeto de estudio. Aquí, es una cuestión de cambios en la cultura jurídica y de evolución cultural en un sentido importante, pero aún no específico, de la expresión.

El desarrollo que ha tenido lugar en los tribunales de justicia se relaciona con el cambio en la estructura de las normas. Éste parece ser un fenómeno bien conocido casi en todas las democracias occidentales, y también en Finlandia. Con ello me refiero al incremento de la textura abierta y de las formas flexibles y, en general, de las normas vinculadas con principios (por ejemplo, principios que se refieren a derechos humanos). Ahora que esta regulación

se ha vuelto más abierta de esta forma, ha surgido por el lado de la interpretación tradicional del Derecho o incluso más del pasado la necesidad de sopesar y buscar equilibrios. Y donde esto ocurre, el fenómeno es socialmente importante. Éste es el fenómeno real que ha empezado a interesarme más que el desarrollo técnico de la teoría de la argumentación en la que, por ejemplo, Robert Alexy y Aleksander Peczenik han efectuado un excelente trabajo.

En relación con el significado general de la teoría de la argumentación, entiendo su función en el mismo sentido en que entiendo el significado de la filosofía en general. Es cuestión de formular los conceptos por medio de los cuales uno puede entender su propia acción mejor que antes. La teoría de la argumentación es, por ejemplo, un instrumento de los jueces para una menor autocomprensión. Y cuando es éste el caso, la teoría también puede, al menos indirectamente, influir en cambiar la práctica social. Es cuestión de incrementar el conocimiento práctico aristotélico o, más correctamente, de incrementar el «know-how» y el cambio en la acción a través suyo.

M. A.: *Dada cual ha sido tu evolución en la teoría del Derecho, ¿te consideras a ti mismo como un filósofo del Derecho analítico? ¿Cuáles son, en tu opinión, los rasgos típicos de un iusfilósofo analítico?*

A. A.: A final de la década de los 60 y comienzos de los 70, mi concepción de la teoría del Derecho se basaba en la filosofía de Georg Henrik von Wright y Alf Ross. Era analítica en un sentido relativamente estricto de la expresión.

Sin embargo, más adelante -debido a los seminarios de von Wright- me interesé en la filosofía del último Wittgenstein. A este respecto, podría caracterizar mi concepción jurídica desde el final de los 60 también como analítica, pero sólo en el sentido en que las «Investigaciones filosóficas» de Wittgenstein representan la filosofía analítica. Este giro hace también comprensible por qué se volvió muy importante para mí la nueva retórica de Perelman. Él estaba buscando precisamente la «tercera vía» entre la (o además de) la inducción y la deducción.

Como consecuencia de ello, durante los últimos 30 años no he sido un representante del positivismo, que frecuentemente va asociado con la filosofía analítica. Por el contrario, me he separado claramente de él; donde más claramente aparece es en «Lo racional como razonable», pero incluso antes, esta separación resulta evidente en muchos de mis artículos. En este punto, mi pensamiento difiere claramente, por ejemplo, del tipo de teoría que representa Eugenio Bulygin, aunque tengo una gran estimación por mi buen amigo Eugenio en su calidad de teórico. Hay un aspecto que permite reflejar adecuadamente esta distinción. En mi concepción, la racionalidad discursiva ocupa una posición prominente. Sin embargo, el positivismo estrictamente

analítico no reconoce a la racionalidad discursiva como forma de pensamiento.

En algún momento, Aleksander Peczenik ha llamado a este tipo de aproximación, que -creo- también yo represento, neorrealismo, de cara a distinguirlo del realismo (escandinavo) tradicional. Pongo un ejemplo para ilustrar la distinción. Cuando la filosofía analítica ha estudiado la ciencia jurídica (por ejemplo, Alf Ross y, también, Hans Kelsen) suele empezar definiendo lo que es ciencia. La respuesta de tipo kelseniano es no-empirista y la rossiana empirista. Personalmente, deseo separarme de ese tipo de aproximación. Pone a la ciencia jurídica en el lecho de Procusto (le corta la cabeza y las piernas para que la ciencia jurídica pueda encajar en el lecho de la ciencia). En mis estudios, el punto de partida lo ha constituido la ciencia jurídica como tal, que yo mismo he cultivado como profesor a tiempo completo de Derecho civil. Esta ciencia jurídica, que es ostensiblemente predominante en los países nórdicos, no es ni puramente analítica ni puramente empírica. Desarrolla su tarea social, por un lado, sistematizando las normas jurídicas y, por otro lado, haciendo recomendaciones normativas.

A este respecto, no es muy interesante saber si la ciencia jurídica cumple las características de alguna ciencia «establecida» o no. Lo esencial es estudiar cómo se sistematizan las normas y de qué manera se controlan las interpretaciones de la ciencia jurídica. En esta forma, se vuelven importantes los conceptos de sistema normativo y de sistematización. Cuando se considera el control de las interpretaciones, la teoría de la argumentación es esencial, porque esa teoría no se cuestiona si los enunciados son verdaderos o no, sino que se cuestiona si los puntos de vista pueden razonarse o no en forma creíble. Esta aproximación ofrece esencialmente instrumentos más ricos que los que suministra el positivismo analítico estricto para evaluar las condiciones teóricas que conciernen al control de los enunciados de la ciencia jurídica.

Creo que el cambio en el pensamiento de mi maestro y amigo Georg Henrik con Wright durante las dos últimas décadas ha sido indicativo también de la perspectiva que he asumido en mi trabajo. Estoy enormemente interesado en sus puntos de vista acerca de la naturaleza de la filosofía, el mito del progreso y de las consecuencias que, por ejemplo, tiene la teoría de la acción desde el punto de vista social. Algunos de mis escritos representan un esfuerzo por reflexionar sobre estas interpretaciones en el campo del Derecho.

M. A.: *Estamos ahora terminando el siglo XX. En tu opinión, ¿cuáles son los nombres principales, los clásicos, de la filosofía del Derecho de este siglo?*

A. A.: Uno espera que este tipo de elenco de grandes pensadores ha de ser largo, pues cualquier propuesta de lista excluirá a alguna persona significativa e influyente. Sin embargo, ahora trato de animarme y daré sólo una lista muy limitada.

Sin ninguna duda, considero a Georg Henrik von Wright como el mayor filósofo del Derecho. Su contribución a la lógica deóntica y, por medio de ella, a una rama de la filosofía jurídica analítica es quizás su mayor logro. Además, sus escritos ilustrando la última fase de Wittgenstein y, por ejemplo, su trabajo «Explicación y comprensión» han tenido una gran influencia también en la filosofía no analítica.

Además de a von Wright, naturalmente considero a Hans Kelsen, Alf Ross y H. L. A. Hart como grandes filósofos del Derecho, y lo mismo se aplica a Chaïm Perelman, Norberto Bobbio y Axel Hägerström. Por lo que se refiere a mi trabajo teórico, también han sido muy importantes Carlos Alchourrón, Otto Brusiin, Eugenio Bulygin, Ernesto Garzón Valdés, Kazimierz Opalek y Jerzy Wróblewski. Desde la década de los 80, muchos pensadores que representan al mundo de habla hispana me han impresionado grandemente. Como uno de ellos, menciono aquí a Francisco Laporta.

Considerando los cambios que han tenido lugar en mi trabajo teórico en las dos últimas décadas, naturalmente, no puedo dejar de incluir en la lista a Jürgen Habermas y Jaakko Hintikka. En cuanto a representantes de mi misma generación, deseo mencionar a Robert Alexy y Aleksander Peczenik, que han influido en mí con sus teorías, pero que son también colegas próximos y amigos queridos, como lo es Garzón Valdés y lo fue también Wróblewski.

M. A.: *A propósito del tema de los valores, has sugerido una tercera vía, entre el positivismo extremo y el Derecho natural. ¿Podrías ser más preciso sobre tu concepción del Derecho e ilustrarla quizás con algún ejemplo que muestre cómo funciona en la práctica?*

A. A.: El positivismo extremo no toma en cuenta el hecho de que cuando la estructura de las normas está dada en forma abierta y los principios se vuelven cada vez más importantes en el pensamiento jurídico, también la relación entre el Derecho y la moral (o los valores en general) cambiará. Fácilmente podemos señalar casos en los que la interpretación del Derecho está inevitablemente teñida de valores, y sin embargo decimos que se trata de una cuestión de interpretación del Derecho y no meramente de una cuestión de juicio moral. Es el caso, por ejemplo, cuando tenemos que sopesar y balancear los principios del Tratado Europeo de Derechos Humanos o los derechos básicos incluidos en una Constitución.

Sin embargo, no he aprobado nunca la concepción del Derecho natural según la cual el Derecho «natural», es decir, la moral, es el criterio último

del Derecho; en otras palabras, que la naturaleza jurídica del Derecho válido (*ius positivum*) estaría determinada por la moral. Aleksander Peczenik ha defendido una versión dulcificada al sugerir que la demanda de observancia de las reglas jurídicas es una exigencia moral. En mi opinión, no tenemos necesariamente que pensar de esa forma. He tratado de dar mi propia respuesta a ese dilema en mi libro «Lo racional como razonable», donde estudio varios tipos de conceptos relativos a la validez y, entre otras cosas, la función de la llamada «*Grundnorm*».

Dicho brevemente, mi punto de partida es que todo Derecho es primariamente Derecho dado (Derecho positivo). Los códigos (o las valoraciones) morales en cuanto tales, no es asunto jurídico. Cuando uno dice «No debes matar», ha formulado un juicio moral. En algunas situaciones, una actitud (valoración) moral tiene lugar «dentro» del Derecho. Es el caso, por ejemplo, cuando uno interpreta las leyes que se refieren al aborto por razones sociales (el aborto, sobre esa indicación socioeconómica, es legal en Finlandia). Uno interpreta el Derecho, pero inevitablemente utilizará un argumento moral o tendrá que ordenar puntos de vista contradictorios en un orden de preferencia basado en valoraciones. El Derecho y la moral se entrelazan. Esto ocurre constantemente en la aplicación cotidiana del Derecho y, sin embargo, no podemos decir que cuando los jueces aplican el Derecho sólo argumentan moralmente.

DOXA 21-I (1998)

DOXA

ACTAS DEL XVIII CONGRESO
MUNDIAL DE LA IVR
(BUENOS AIRES, 1997)

21
Vol. II

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

Centro de Estudios Constitucionales

Alicante, 1998

ACTAS DEL XVIII CONGRESO MUNDIAL DE LA ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL (BUENOS AIRES, 1997)

DOXA 21, Vol. II

P R E S E N T A C I Ó N

PROGRESOS DEL PENSAMIENTO

Ricardo Guibourg

Si la filosofía es, etimológicamente, el amor por la sabiduría, el derecho suele reclamar para sí el papel de la justicia. Como quiera que tanto la sabiduría como la justicia son conceptos de definición ardua y por momentos escurridiza, el matrimonio entre derecho y filosofía protagoniza a menudo rencillas frontales o prácticas sadomasoquistas, acaso formalmente disimuladas tras un velo de palabras ambiguas.

La filosofía del derecho encierra, pues, varios desafíos no necesariamente consistentes entre sí: demostrar describir persuadir, sistematizar, poner de resalto, reconstituir, clarificar, deconstruir, consolidar, demitificar y reconstruir. Cada pensador recoge el guante que según entienda le esté destinado y empuña, de la panoplia del intelecto, las armas que mejor le cuadren.

Si esa ebullición del pensamiento es normal en el ámbito iusfilosófico, especialmente notable es la temperatura que ha alcanzado en los países iberoamericanos. En España, tierra donde las ideas se convierten en gesta, el advenimiento de la democracia trajo consigo una verdadera explosión de las reflexiones acerca del derecho que, por su cantidad y por su calidad, hacen de las universidades hispánicas un obligado punto de referencia. México cuenta con filósofos de primer nivel e impulsa a sus nuevas generaciones en el camino del pensamiento claro. Brasil es en sí mismo un continente en el que las ideas brotan, se trenzan y se contraponen con vigor amazónico. Venezuela, Colombia, Chile, Paraguay, Uruguay y el resto de la América latina muestran diversos y peculiares desarrollos. Y en el extremo sur la Argentina era, ya en la década de 1960, un caso insólito: gracias a los sucesivos liderazgos de Carlos Cossio y de Ambrosio Gioja, albergaba el mayor número de investigadores dedicados en un mismo lugar a la teoría del derecho.

En la Argentina, precisamente, se celebró en 1997 el XVIII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social. Numerosos trabajos se debatieron allí, llegados desde todos los rincones de la tierra. De ellos,

DOXA ha decidido ofrecer aquí una muestra centrada en el pensamiento iberoamericano. Más allá de la geografía, la selección se extiende también a Italia, donde la filosofía jurídica, de aguda penetración y elevado desarrollo, muestra tal nivel de sintonía con la de habla española que puede considerarse integrante de un mismo ámbito intelectual.

Los textos comprenden un gran número de los temas tratados en aquel Congreso y, por cierto, las más diversas orientaciones. Convendrá, pues, hacer referencia a los trabajos que se publican agrupándolos por área temática.

Parte de la discusión acerca del concepto de derecho y de sus fundamentos se refiere a la tradicional polémica entre iusnaturalismo y positivismo, oposición que encierra una opción básica para la construcción de modelos descriptivos del fenómeno jurídico. Gregorio Robles Morchón formula una minuciosa crítica de diversos aspectos de la teoría de H.L.A. Hart, crítica que comprende especialmente su enfoque basado en la textura abierta del lenguaje, los puntos de vista interno y externo, las distinciones entre formalismo y escepticismo ante las reglas y entre reglas primarias y secundarias y la naturaleza, estructura y función de la regla de reconocimiento. Carlos I. Massini Correas analiza los caracteres de la filosofía jurídica moderna y, en especial, su concepto de la naturaleza, la crítica de esta noción por el pensamiento posmoderno y las exigencias que esa crítica plantea a una posible teoría del derecho natural en los tiempos actuales. Martín Farrell intenta restar dramatismo a la discusión al reconocer el derecho por medio de la sanción, aceptando a la vez que la obediencia al derecho depende de una norma ética, lo que impone una valoración moral de la norma. Para Agustín Ferraro, la Grundnorm *kelseniana (concepto concretamente defendido en la ponencia de Dante Cracogna), tiene fundamento ético. Ernesto Grün, a su vez, parte del análisis sistémico para sostener que el derecho, en el mundo posmoderno, es un sistema lejos del equilibrio: un exceso de perturbaciones y fluctuaciones lo empujan a un estado de «caos creativo» que obliga a pensar en un nuevo modelo de derecho.*

Otra vertiente de la temática descriptiva es la que examina y compara los conceptos de norma y principio. Manuel Manson enfatiza el significado no sintáctico de las expresiones normativas. Andrés Ollero, con fundamento en el análisis de fallos del Tribunal Constitucional de España, sostiene que lo que las sentencias hacen es ponderar principios antes que aplicar normas, para lo que tienen en cuenta diversas condiciones extranormativas. Paolo Comanducci, en cambio, afirma que distinguir entre normas y principios no genera mayor seguridad jurídica, porque no facilita su determinación ex *ante de las normas. Y Jorge L. Rodríguez y Germán Sucar son aún más terminantes: recientemente, dicen, se afirma que el sistema jurídi-*

co está compuesto por normas y principios, y que las normas son indeterminadas porque son derrotables. Esta tesis, sostienen, según el sentido que se atribuya a «derrotabilidad» es o bien trivial o bien equivocada.

Donde se trata de debatir lo que haya de entenderse por acción y por razones para la acción, Cristina Redondo destaca que el principio de unidad del razonamiento práctico no asegura que haya sólo una respuesta correcta acerca de los deberes. A su juicio, requerir una justificación correcta de las decisiones, admitiendo que sólo hay una y que ella no depende de una teoría normativa, es exigir lo epistemológicamente imposible. Además, presupone una actitud metaética comprometida con un solo sistema de normas justificatorias y una concepción esencialista del deber como razón para la acción. Manuel Atienza, al discutir esa tesis acerca de la justificación de las decisiones jurídicas, que pone énfasis en el aspecto lógico antes que en el moral, sostiene que es necesaria una concepción amplia de la argumentación, que dé cuenta tanto de los aspectos formales o lógicos como de los materiales y los dialécticos. Eduardo Barbarosch se refiere a las razones para la acción en relación con las concepciones normativas de la Justicia. Por su parte, Rolando Tamayo y Salmorán no duda en afirmar que la pretensión de caracterizar las normas jurídicas como razones constituye una falacia naturalista, con la que se busca garantizar la racionalidad en el derecho. Sostiene el filósofo mexicano que tal descripción es equivocada, pero debería distinguirse del uso de las normas en el razonamiento jurídico, argumentación con la que prescribimos o justificamos.

Algunos de los trabajos aquí incluidos parten de la concepción denominada teoría crítica del derecho, o (aproximadamente) critical legal studies. *Lucía M. Asseff relata el desarrollo histórico de esa posición en la Argentina. Enrique Marí pone de resalto ciertas relaciones entre el derecho y la literatura. A su vez, Carlos M. Cárcova sostiene que la complejidad social es un tema en el que ponen énfasis diversas perspectivas sistémicas y autopoiéticas, así como que la relación entre derecho y complejidad abre interesantes vías para un análisis extraparadigmático de la problemática jurídica. Por el contrario, Roberto Vernengo analiza críticamente los presupuestos ontológicos de algunas de esas teorías «críticas».*

Para quienes investigan las bases de un discurso ético plausible, Ernesto Garzón Valdés es un referente obligado. Este autor trata de resolver el arduo problema por el absurdo: admite que, cuando se busca un criterio de corrección moral, la razonabilidad sirve de poco, porque ella presupone ya una idea de moral. Sin embargo, sostiene, es posible rechazar la irrazonabilidad, cualquiera sea la idea moral que se sustente. De este modo, aun cuando no sea fácil fundar nuestras propias preferencias éticas, es más sencillo encontrar las razones para condenar aquello que juzgamos abomina-

ble. En un marco semejante, aunque específicamente referido a los derechos humanos, José Rubio-Carracedo ensaya un examen crítico de la teoría de John Rawls.

En su evolución reciente, el discurso de los derechos humanos concede un lugar relevante al examen de la situación de las minorías; no sólo para afirmar la necesidad de su respeto sino para investigar qué puede entenderse por minoría, cuáles son los derechos que hayan de asignársele, cuál el fundamento de esa asignación y, lo que es aún más dramático a la luz de los conflictos que se plantean en la práctica, dónde convenga situar el punto de equilibrio entre el respeto de la identidad cultural de la minoría y el de los derechos humanos tales como los entiende la mayoría. En este contexto, Rodolfo Vázquez vincula el derecho de las minorías con el concepto de tolerancia, largamente examinado en el curso de los últimos años, en tanto Agustín Pérez Carrillo se refiere al conflicto social e indígena en la Selva Lacandona.

En el pensamiento de la mayoría de los autores, la garantía de los derechos humanos o del bien común, tales como cada uno conciba tales objetivos, requiere alguna forma de acción comunitaria que normalmente es encomendada al Estado. La acción común admite, de hecho, diversas orientaciones que tiendan a ampliar o a reducir el universo de las acciones facultativas: hacia el primero de esos casos se dirige genéricamente el liberalismo, cuya presencia en la teoría de Kelsen es examinada por Carlos Miguel Herrera. Sea como fuere, el Estado, como supuesto depositario de la política pública, se halla regido por normas constitucionales que generan, a su vez, notables dificultades. Una de ellas es la posibilidad de normas inconstitucionales: Carla Huerta Ochoa se encarga, en su trabajo, de examinar lo que pueda entenderse por naturaleza jurídica de tal calificación. Otra reside en que, aun dentro del marco constitucional, las normas de máximo nivel requieren interpretación. Susanna Pozzolo observa, en este sentido, que el actual enfoque de la interpretación constitucional como un problema aparte de la interpretación de otras normas, supuestamente más dependiente de valores, tiende a vulnerar la separación de poderes y la seguridad o certeza jurídica, al poner la moral de los jueces por encima de la ley.

La interpretación y el modo en que ella es asumida por los jueces constituyen en sí mismos un tema mayúsculo en la teoría del derecho; y varios trabajos entre los que aquí se incluyen se refieren a él. Julio C. Cueto Rúa examina la influencia de los valores en la selección de los métodos de interpretación y se extiende en reflexiones acerca de la justicia, sus modalidades y su aplicación a los casos concretos. Miguel A. Ciuro Caldani examina la justificación de la decisión judicial en las tres dimensiones trialis-

tas, en tanto Mario Portela vincula la sentencia con la teoría de la argumentación y Willis Santiago Guerra Filho destaca los vínculos del proceso judicial con las reglas, los derechos y el sistema jurídico en general. Pablo López Ruf al referirse al modo en que el juez resuelve los casos difíciles (hard cases), *prefiere criticar el modelo de Hart, basado en la discrecionalidad, y el de Dworkin fundado en la diferencia entre* arguments of principle, *usados en la adjudicación, y* arguments of policy, *apropiados a la legislación: señala que hay casos en los que, para reconocer derechos, el juez debe apelar a argumentos del segundo tipo. Desde una posición diversa, Rodolfo Luis Vigo afirma que el momento culminante del derecho es la decisión judicial, silogismo sobre el que pesan exigencias lógicas y axiológicas. Este autor ofrece un cuadro sinóptico de las razones o argumentos que confieren validez jurídica a las decisiones judiciales.*

Por último, el volumen contiene también un artículo mío, referido a la adquisición de nuevas tecnologías y al desafío que ellas generan frente a la estructura teórica de la ciencia del derecho.

Por encima de la diversidad de los criterios con que los autores aquí presentados enfocan los temas más dispares, sus trabajos comparten una característica que -a riesgo de parecer un objetivista ético- no dudo en calificar como virtud: cada uno de ellos constituye un intento sincero de colaborar con el progreso del pensamiento jurídico. Decía Ambrosio Gioja que la adquisición del conocimiento se parece en algo a la actitud de quien debe ordenar unos pocos libros dispersos en una biblioteca inmensa y vacía: tal vez más adelante advirtamos que los volúmenes que habíamos apoyado en un estante a la izquierda debieran estar dos estantes más abajo y *a la derecha. Pero, si descubrimos que dos volúmenes son tomos de una misma obra, podemos sentirnos felices: vayan donde fueren, podremos afirmar que han de quedar uno junto al otro. De acuerdo con esta metáfora, si la lectura de esta recopilación nos permite advertir relaciones plausibles entre ideas distintas, aun provenientes de posiciones opuestas entre sí, el objetivo de DOXA estará cumplido: pensar una ciencia es siempre explorar junto a otros un terreno desconocido, en el que cada uno señala a los demás lo que ve e interpreta a su modo lo que otros le señalan.*

LA TEORÍA CRÍTICA EN LA ARGENTINA

Lucía M. Aseff
Universidad Nacional de Rosario (Argentina)

Desde los trabajos que en Buenos Aires han realizado Enrique E. Marí, Ricardo Entelman, Alicia E. C. Ruiz, Carlos M. Cárcova, Claudio E. Martyniuk y Enrique Kozicki, y Juan Carlos Gardella y Lucía M. Aseff en Rosario, entre otros, se ha expuesto, una especie de definición del derecho desde este nuevo paradigma, entendiéndolo como una práctica social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, las tensiones y los acuerdos de los grupos sociales que actúan en una formación económico social determinada, y los núcleos temáticos más significativos que se han desarrollado dentro de la teoría.

Estos núcleos son: su encuadre epistemológico dentro de la epistemología materialista, que supone la consideración del objeto científico en su proceso de producción, desde un abordaje multidisciplinar, el análisis del discurso jurídico en su materialidad, como productor de sentido social, donde se enlazan mitos y ficciones, otorgándoles al derecho el carácter de una red semiótica o significante atravesada por la ideología y el poder, una distinta consideración del sujeto del derecho, y el problema de la comprensión del derecho, vinculados en su caso, a temas centrales de la jusfilosofía como los son el concepto de derecho, la teoría de las fuentes, la cuestión de la vigencia y la eficacia, la interpretación y aplicación de ley y la administración de justicia.

Comunicación

Me ha parecido interesante y hasta útil, en este Congreso Mundial que nos convoca este año en Argentina, hacer una especie de reseña acerca de los ejes temáticos más significativos alrededor de los cuales se ha desarrollado la Teoría Crítica en nuestro país y, por supuesto, desvelar en qué medida estos temas la distinguieron de otras corrientes jusfilosóficas, y pudieron sugerir nuevos enfoques en la consideración de lo jurídico.

En tal sentido me parece que deben destacarse, en principio, los núcleos problemáticos antes aludidos alrededor de los cuales se fueron constituyendo otros de menor importancia, pero siempre ligados a sus desarrollos, que serán los que brevemente expondré en este trabajo que hará las veces de inventario y balance, provisorio, por supuesto, de la teoría crítica en Argentina en los últimos 15 años.

Estos núcleos problemáticos que se expondrán, se encuentran de alguna manera conectados entre sí, y si bien no configuran una teoría completa y sistemática en el sentido más clásico y tradicional de la palabra, organizan de una manera específica los temas propios de la filosofía del derecho, desde una perspectiva cuestionadora de la racionalidad idealista que portan tanto las doctrinas jusnaturalistas como las positivistas, dando lugar a la intersección de los postulados del derecho con los de otras ciencias sociales que lo atraviesan, o sea, entendiendo a la interdisciplina como una auxiliar imprescindible en la construcción del objeto científico derecho.

En este sentido, entender al derecho como una práctica social específica en la que están expresados históricamente los conflictos, los acuerdos y las tensiones de los grupos sociales que actúan en una formación social determinada, implica no sólo una nueva concepción acerca del derecho, sino también, obviamente, una modificación o aporte significativo a la teoría de las fuentes, así como vincularlo a una dimensión política donde lo ideológico y el poder no serán elementos ni ajenos ni secundarios en el momento de intentar definirlo, o de mostrar cómo se presente a sí mismo y cómo funciona en la realidad.

Ello no significa atribuirse un patrimonio exclusivo en la consideración de lo jurídico, no sólo porque algunas de las tesis que se expondrán ya han sido sostenidas por juristas que no se reconocen a sí mismos como críticos, y de hecho, no lo son, sino también porque algunas de estas tesis han sido corroboradas con el paso del tiempo y hoy, de alguna manera, forman una especie de patrimonio común de quienes intentan ver al derecho tal cual es y funciona, antes que como idealmente se quiere presentar.

Para ir a un ejemplo reciente y de significativa trascendencia para la vida política e institucional de cualquier país, nadie que conozca el proceso de gestación de la reforma constitucional del año 1994 en Argentina, puede ignorar cómo se jugaron en ella las cuestiones de poder y de qué manera se hicieron evidentes las dimensiones políticas e ideológicas que configuraron la reforma, y cómo aún hoy siguen pesando en la producción de otras normas jurídicas que deberían ser su consecuencia, como sucede con la ley que debe organizar y poner en funcionamiento el Consejo de la Magistratura. Sería ingenuo pretender que sólo se tuvo en cuenta el interés general, o altas consideraciones de justicia, y peor aún sería apartar estas cuestiones de

la consideración del objeto en atención a una pretendida pureza que no existe ni siquiera en el laboratorio del científico. De las negociaciones previas y concomitantes que febrilmente se sucedieron, donde se pusieron en juego todas estas dimensiones, nacieron y se configuraron normas fundamentales para la vida de la Nación, y si bien esto es una verdad de Perogrullo, separar estas instancias de producción de las normas de la consideración de las normas mismas, sería para nosotros escindir al objeto mismo para quedarnos con lo que más nos conforma o mejor se ajusta a la idea previa que tenemos del derecho, sin poder llegar a poder decir acabadamente qué cosa es el derecho. Para decirlo en términos de Poulantzas, se trata de atender tanto al estudio «interno» como al estudio «externo» del objeto científico, o como diría Kuhn, si bien no son conceptos asimilables, también tanto a la historia interna como a la historia externa de la ciencia. Volviendo a nuestro ejemplo, podemos y debemos, por supuesto, mostrar cuáles son y cómo evolucionaron los derechos y garantías consagrados en nuestra Constitución, pero también cuáles fueron los sectores sociales y políticos en pugna cuyas negociaciones dieron lugar a esta norma y no a otra cualquiera en esta determinada situación histórica.

Hay que destacar que uno de los principios fundamentales que informan el quehacer de aquéllos que intentamos elaborar una teoría crítica (el nombre puede parecer pretencioso, tal vez lo sea, pero en definitiva nos identifica y es útil a estos fines) es, fuertemente, el del antidogmatismo. Con esto quiero decir que en la medida en que nuestras apreciaciones intentan estar vinculadas a los procesos sociales en que se van gestando las normas, siempre cambiantes, y son sometidas a una verificación interdisciplinaria, así como a constante crítica, es obvio que también están abiertas no sólo a nuestros propios cuestionamientos sino también a los cuestionamientos de los colegas. La verdad no sólo tiene un carácter fuertemente consensual sino que además se va modificando, no es un puerto seguro al que llegamos para quedamos allí sino uno nuevo, para luego, cuando sea necesario, emprender otra travesía que nos lleve a uno mejor.

Asimismo, cabe destacar que lo más significativo que se produce en el país en lo que muchos individualizaron como Criminología Crítica, si bien es manifiesta la intención de sus cultores de abandonar esta denominación por la más abarcativa de Control Social, que se propone un objetivo claro y político como es la disminución de los espacios de control dentro del Estado Democrático de Derecho, el desenmascaramiento de cómo se ejerce el poder, hasta dónde, por qué conexiones y hasta qué instancias de jerarquía, de control, de vigilancia, de prohibiciones y de sujeciones, así también como la vigilancia de los abusos del Estado, rescatando bajo la forma de objeto de estudio de esta nueva disciplina, los pasados y presentes métodos de

exterminio de la diferencia, la disidencia y la marginalidad, se ha desarrollado en el mismo horizonte epistemológico que la Teoría Crítica, y dentro de una concepción jurídica semejante a la que sostienen sus adherentes, compartiendo en muchos casos los mismos espacios de trabajo además de similares filiaciones teóricas, entendiendo por mi parte que sin duda contribuyen a explicarse mutuamente. Cabe señalar en esta línea las revistas «No hay derecho» y «Delito y sociedad», que se publican en la ciudad de Buenos Aires, y a la colección de la Editorial Juris de Rosarios sobre Criminología Crítica y Control Social.

Y finalmente, quiero decir que quienes venimos trabajando desde sus inicios en esta vertiente, también hemos trabajado, cada uno en su ámbito, en la efectiva defensa de los derechos humanos, no sólo cuando éstos comenzaron a ser teorizados por las más diversas corrientes teóricas, sino incluso anteriormente, cuando en esta defensa firme corríamos el riesgo de que nos fuera la vida. Esta afirmación que puede parecer extemporánea no es ociosa, y no lo es porque entiendo que estaba ligada una concepción de lo jurídico que intentaba no sólo ser transformadora, sino también unir aquello que se sostenía desde la teoría, con una práctica lo más acorde posible, pese a los evidentes peligros que entrañaba. No se trataba solamente de teorizar sobre la justicia o cómo ésta se manifestaba en las normas, sino también de ponerse del lado de aquéllos que habían sido sometidos a las incalificables injusticias de la desaparición, la tortura, la muerte, la falta de debido proceso, la ausencia de las más elementales garantías constitucionales. Esto también marca un punto de confluencia en la teoría. Y aunque se saluda alborozadamente la atención que le prestaron a la cuestión de los derechos humanos, todos y cada uno de los jusfilósofos que así lo hicieron, posteriormente, siempre quedará la duda sobre si esa tardía preocupación se debió más a un oportunismo acorde con los tiempos políticos que se sucedieron, que a una efectiva preocupación por el tema, que si de alguna disciplina no podía decididamente estar ausente, era del derecho, más que de ninguna otra.

Paso seguidamente a describir brevemente las elaboraciones y los aportes realizados en cada uno de los núcleos temáticos que se mencionaban al comienzo de este trabajo.

1. Encuadre epistemológico

Siguiendo los lineamientos marcados por Enrique Marí en sus textos «Neopositivismo e Ideología» y «Elementos de Epistemología Comparada» y por Juan Carlos Gardella en «Sobre la epistemología jurídica», obras a las que debe agregarse la de Claudio Martyniuk «Positivismo, hermenéutica y teoría de los sistemas», diremos que la teoría crítica tiene una filiación ma-

terialista que atiende a la consideración del objeto de la ciencia del derecho en su proceso de producción y no como producto ya terminado, teniendo en cuenta cómo la ideología y el poder se manifiestan en su constitución y atendiendo a los cuatro principios básicos que distinguen, prima facie, a la epistemología materialista de la anglosajona, a saber:

a) las relaciones entre ciencia e ideología

b) la consideración de la matemática como una teoría (epistemológica materialista) y no como un lenguaje, como lo hace la epistemología anglosajona

c) la cuestión del problema científico y filosófico de la verdad

d) el modelo de epistemología recortado sobre las ciencias físico naturales y formales (anglosajones) o sobre las ciencias sociales (materialista).

Distinciones éstas que nos llevarán a poner en la base de la epistemología jurídica crítica, entre otros, a los siguientes presupuestos:

A- El origen de las doctrinas

B- Su núcleo ideológico

C- La articulación de su contenido con la base material que las sustenta

D- Las matrices sociológicas de los modelos teóricos

E- Las propias leyes del movimiento real de las estructuras sociales y políticas

F- Una consideración crítica del objeto de esta ciencia, que uniendo el estudio «interno» al «externo», sea que se entienda esta distinción en el sentido que la desarrolla Poulantzas, o bien complementándola con la que hace Kuhn entre historia interna e historia externa de la ciencia, permita un análisis que evite la reproducción acrítica de lo dado.

Precisamente desde la vinculación que se hace entre el producto norma jurídica y sus mecanismos de conformación insertos en lo social, se apunta a una crítica que pueda, en su caso, ser transformadora de lo existente desde una metapositividad jurídica, ya que no se considera a lo jurídico como agotado en lo positivo.

Es obvio que para los críticos, (si nos atenemos a la clásica distinción entre dogmática jurídica, sociología jurídica y política jurídica), no es el de la dogmática el paradigma de «ciencia normal», dicho esto en términos kuhnianos, sino una adecuada integración de estas tres instancias que en ningún caso habrán de entenderse en términos metafísicos ni propios de una racionalidad idealista. Y siempre con el auxilio de las otras ciencias sociales que predominan en cada una de estas áreas, por ello el principio de la interdisciplina al que ya se aludiera precedentemente.

Por eso E. Marí afirma, refiriéndose a la lógica deóntica, que la misma expresa una marcada función indicativa pero partiendo de una reflexión incapaz de articular el fenómeno lingüístico (el contenido formal de las di-

rectivas) con la compleja textura de los hechos sociales, desatendiendo el fenómeno ideológico tanto por el lado de su presencia en el objeto real, como por el lado de su reproducción en el objeto de conocimiento. En este sentido a la lógica moderna debe reconocérsele su valor, en cuanto analítica, así como sus límites, en cuanto su dominio no se extiende a una parte fundamental del proceso de formación del objeto científico, cuál es el trasvasamiento del nivel jurídico al económico social, en qué se inserta, y dónde opera la lógica dialéctica.

La función de la ciencia social es captar al objeto real en su nacimiento y en sus complejas relaciones, articuladas dentro de un todo complejo estructurado, que es la formación económico social. Y la identificación de la ideología no se produce sino desde el campo de la ciencia, que, por supuesto, no es ni puede ser neutral, mucho menos cuando se trata de una ciencia que afecta tan decididamente la conducta y la vida toda de las personas como sucede con el derecho.

Los métodos que se agotan en una mera descripción pasiva del objeto, tienden a apartarse cada vez más del objeto real a medida que muestran, en crecientes grados de aparente fidelidad, las líneas visibles del mecanismo social vigente. Al prescindir de la ideología, elemento que impregna tanto el universo histórico social como el discurso que lo reproduce, estos métodos no siguen el movimiento total y real de la sociedad y de sus formaciones, mostrando de esa manera un objeto, cuanto menos, incompleto.

2. Consideraciones acerca del sujeto

El sujeto que menta la ley, es en realidad el sujeto moderno, cartesiano, absolutamente racional, dueño de su voluntad, centro del conocimiento, donde, como dice Foucault, hace eclosión la verdad.

El aporte de ciertas disciplinas como la lingüística, el psicoanálisis o el materialismo histórico en algunas de sus versiones de este siglo, nos muestra por el contrario que el sujeto no es un hombre libre absolutamente dueño de su voluntad y de sus acciones. Se trata en realidad de un sujeto descentrado, de un sujeto sujetado, (le «sujet assujeti» al decir de los franceses), que lo está por las estructuras lingüísticas a las que adviene cuando ya se encuentran conformadas, por los procesos históricos de los que sólo o fundamentalmente es una especie de portador (träger) y por las instancias que emanan de su inconsciente, que no conoce en su totalidad y que no siempre puede manejar. Este sujeto que no sólo lleva una carga de alienación en el sentido que Marx le daba al término, sino que además es tan vulnerable a sí mismo y a la ley, debido a estas sujeciones que acabamos de mencionar, y que fueran desarrolladas fundamentalmente a partir de las elaboraciones de

Saussure, Freud y Althusser, carga con una impronta que no es precisamente la que supone la ley ni el discurso jurídico que de ella emana.

Así, el sujeto de derecho, uno de los conceptos jurídicos fundamentales alrededor del cual se estructura y organiza todo el derecho moderno, como si fuera en realidad preexistente a su interpelación y constitución por las palabras de la ley, no deja de ser una categoría histórica propia de la modernidad, tanto como lo son las cualidades que se le atribuyen (libertad, autonomía) sin reparar que, como dice Alicia Ruiz, «la «humanidad», la «vida humana», lo «humano», el «hombre», no son realidades dadas de una vez y para siempre, que se traducen en conceptos generales y abstractos, sino que son definiciones culturales que adquieren significación en tanto están contextuadas». En todo caso, son conceptos construidos y no dados de antemano, a los que no sólo cabe descubrir, sino a los que cabe desmontar para averiguar cómo se han constituido y como funcionan.

Estas presuposiciones igualadoras no se hacen cargo ni de las diferencias ni de las deficiencias de esa concepción moderna del sujeto, organizan las conductas de los hombres como si ellos fueran aquello que no son, e impiden la emergencia de las diferencias. Traen como directa consecuencia la elaboración de ficciones que puedan sustentar esta concepción y hacer operativo el funcionamiento del derecho, y en este «como si» de las personas y las cosas que se sabe que es de otra manera pero que no se asume como categoría a tener en cuenta, la ficción termina imponiéndose sobre la realidad de las personas como si fuera la propia realidad. Detrás del «buen padre de familia», del «heredero», del «menor de edad», de la «mujer casada», etc., queda eludido el orden de lo simbólico que preexiste al sujeto, fijándole posiciones, deseos, frustraciones y proyectos que él cree obra y producto de sí mismo y de los que se siente dueño, en esa ilusión de autonomía y de libertad que le oculta que el mundo externo, a través de las relaciones sociales y su peculiar distribución del poder, tiene su propia estructura de organización que de alguna manera lo determina.

Al mismo tiempo que se produce esta situación de no reconocimiento de las diferencias, se ejerce desde el poder una acción de solicitación de los inconscientes, de manipulación de las voluntades, tal como es descrita por Pierre Legender en «El amor del censor», donde el amor al poder, el deseo del amo, determinan en los súbditos conductas y acatamientos, y explican con una mayor riqueza dónde residen los mecanismos que posibilitan a las normas ser eficaces, así como tener vigencia. Esta vinculación a la que se alude, de la vigencia con el consenso así como de la eficacia con la obediencia, necesaria, conocida y aceptada por la teoría general del derecho, puede ser entonces, además, pensada desde otro ángulo, a partir de la consideración del orden simbólico como matriz fundamental del comporta-

miento social, y de las estructuraciones de lo imaginario como red compleja de representaciones engendradas en el seno mismo de las prácticas sociales, las que actuarían como indicadores del consenso que el orden jurídico genera en aquéllos a quienes debe ser aplicado, y consecuentemente, de su eficacia en orden al cumplimiento voluntario del mismo, ya que no sólo la coacción implícita en el orden de la ley explica su cumplimiento. La fuerza, que muchas veces es violencia, el «amor al amo», la autorepresión, la sublimación de los deseos, todo forma un entramado de compleja aprehensión que vincula, en este sentido, al derecho con el discurso de la moral y de la ética y que lo convierte, además, en un discurso constituyente de los sujetos.

La ley forma parte de este montaje a través de su pretensión igualadora, y en tanto y en cuanto interpela a los sujetos como si fueran todos iguales, tiene una función de constitución de los mismos, en ese intersticio de la dualidad que opera como mecanismo que los somete al cumplimiento, y que al mismo tiempo garantiza su vigencia.

Desde una concepción del sujeto como la que sucintamente se acaba de describir, la Teoría Crítica ha intentado desmontar las ficciones de libertad, autonomía e igualdad que tanto han servido para liberar como para oprimir, en tanto y en cuanto han pretendido una universalización a todas luces insustentable. Sin contar que en todos estos casos estamos hablando, de todas maneras, de un sujeto moderno aunque no lo sea en términos rigurosamente cartesianos. Éste ya no tan nuevo horizonte de la posmodemidad, que para algunos ya ha pasado y para otros de hace más evidente que nunca, así como los fenómenos de exclusión social que se están dando con diferentes características a escala mundial, pueden sin duda traer nuevas tendencias o nuevos enfoques en la cuestión de la subjetividad que en su caso habrá que investigar.

3. Sobre el discurso jurídico

Otro de los temas que más desarrollo ha tenido entre quienes nos adherimos a esta corriente en Argentina, es el que se relaciona con el discurso jurídico. Enrique Marí, Ricardo Entelman, Alicia Ruiz, y quien esto escribe han trabajado la cuestión, desde distintos abordajes que incluyen la lingüística saussuriana y sus actualizaciones, los desarrollos de Foucault, las elaboraciones de Eliseo Verón sobre semiosis social, entre otros. El primer libro que se publica en nuestro país con trabajos de alguno de los autores anteriormente mencionados, como novedoso espacio en el orden de la teoría del derecho, por la editorial Hachette, lleva como título, precisamente, «El Discurso Jurídico» y data del año 1982.

Frente a las teorías de la argumentación jurídica que tanto auge han tenido en la segunda mitad del presente siglo, y que se refieren fundamentalmente a cuestiones de carácter procedimental como garantía de decisiones sustentables por la mayoría, la teoría crítica trabaja con una noción de discurso que pone en primer plano su materialidad así como su carácter de productor de sentido social, al mismo tiempo que es producto de ese sentido social, y que piensa al discurso jurídico como estrategia en la ardua tarea de distribuir o consolidar el poder. Así, mientras por una parte se trata de un discurso oscuro, críptico y muchas veces enmascarador, por la otra se maneja con una teoría comunicacional clásica, aquélla que supone que habiendo un código común, un emisor y un receptor, en tanto y en cuanto no existan interferencias en el canal de transmisión, todos los mensajes llegan a destino (la ley se presupone conocida por todos), como si no estuviera en su corazón mismo una permanente articulación con los mitos y ficciones que lo hacen operativo, como si la regla en la sociedad no fuera la opacidad y como si todos los mensajes fueran unívocos en vez de llevar en sí una multiplicidad de efectos posibles.

El discurso jurídico, en cuanto organizador de conductas, no tiene como propósito primario reflejar la realidad sino configurarla, en la medida en que el derecho no es sólo un instrumento de comunicación sino, fundamentalmente, un instrumento de control social.

En este aspecto, desde la teoría crítica se ha insistido en poner atención sobre aquello que está silenciado en el discurso, ya que lo simbólico ocupa su lugar para disimular o esconder el verdadero conflicto que no está allí, ya que por esa operación de desplazamiento puede verse cómo el sentido no siempre opera en dependencia lógica con las estructuras del sistema lingüístico, lo que nos exige poner nuestra atención en aquello que no está dicho en el discurso, o sea, dar curso a una función inversa a la del dogmatismo, que exige que sean dichas las palabras que deben decirse y no otras, porque el sentido ritualista, y antiguamente mágico, de lo dicho, así lo exige, so pena de no producir los efectos deseados como sucedía por ejemplo con ciertos actos jurídicos formales del Derecho Romano.

Así el Derecho es entendido como una formación discursiva, como una red semiótica o red significante, que en tanto materia significante, produce sentido social y es producido por él, teniendo siempre en cuenta que el proceso de producción de sentido se vincula a los mecanismos de base del funcionamiento social, recibiendo de éste múltiples restricciones, y donde existen dos dimensiones insoslayables para el análisis como lo son la ideología y el poder.

Pocos sectores de la realidad como el derecho cumplen tan acabadamente esta función de transformación de operaciones discursivas, de algu-

na manera teóricas, en operaciones no discursivas de naturaleza práctica, en la medida en que el discurso jurídico está siempre suponiendo o exigiendo una determinada conducta externa, sea de acción u omisión, un determinado comportamiento directamente ligado a consecuencias también determinadas.

Es importante destacar en este punto lo que afirma Verón en orden a la construcción de una teoría del sentido como dependiente de un sistema productivo, teniendo en cuenta que un sistema productivo está constituido por una articulación entre producción, circulación y consumo, ya que ello saca al derecho de los textos colocándolo dentro de los hechos, dentro de la compleja red de significaciones y comportamientos anudados que configuran este sentido social jurídico, ya que el derecho, al promover o desalentar determinadas conductas de los sujetos, inviste de significación todos sus actos. El concepto de circulación designa precisamente el proceso a través del cual el sistema de relaciones entre condiciones de producción y condiciones de recepción es, a su vez, producido socialmente. «Circulación es el nombre del conjunto de mecanismos que forman parte del sistema productivo, que definen las relaciones entre gramática de producción y gramática de reconocimiento, para un discurso o un tipo de discurso dado». Situaciones éstas que en el discurso jurídico están perfectamente tematizadas y delimitadas por los mecanismos de elaboración, sanción y publicación de las leyes, normalmente establecidas en los textos constitucionales. «La historia de un texto, o de un conjunto de ellos, consiste en un proceso de alteraciones sistemáticas, a lo largo del tiempo histórico, del sistema de relaciones entre gramática de producción y gramática de reconocimiento «(Las citas son del texto «Semiosis Social» de Eliseo Verón). No otra cosa es la labor de interpretación de la ley que hacen permanentemente sus operadores (fundamentalmente los jueces, pero también los doctrinarios, los litigantes, los legisladores) en la permanente reconstrucción del sistema jurídico que permita que leyes («textos») ya fijas, cristalizadas, sancionadas, siempre iguales a sí mismas, puedan adaptarse a los tiempos y situaciones siempre cambiantes que se someten a su arbitrio.

4. La comprensión del derecho

El tema de la opacidad del derecho, que está íntimamente relacionado con el de la comprensión del derecho, ha sido trabajado por Carlos Cárcova en un excelente artículo donde da cuenta de que existe una opacidad de lo jurídico que no siempre permite comprender a los hombres el sentido de sus actos en cuanto abarcados por la ley. «El derecho, que actúa como una lógica de la vida social, como un libreto, como una partitura, paradójicamente no es conocido o no es comprendido por los actores en escena... Los

hombres son aprehendidos por el derecho aún antes de nacer y por intermedio del derecho sus voluntades adquieren ultraactividad, produciendo consecuencias aún después de la muerte. El derecho organiza, sistematiza y otorga sentido a ciertas relaciones entre los hombres: relaciones de producción, relaciones de subordinación, de apropiación de los bienes».

Este fenómeno de desconocimiento o de no comprensión que varía de individuo en individuo pero que está presente en todos porque no todos, ni aun los juristas, conocemos todo el derecho, más se acentúa cuanto más se desciende en la escala social. Por ello, el desconocimiento es planteado como un subproducto de la anomia y de la marginación social, fenómenos ambos que, al menos en nuestra sociedad, van en incremento por situaciones puntuales sobre las que no vale la pena abundar, entre ellas la falta de empleo y de contención social, la corrupción generalizada, la falta de confianza en las instituciones y en los gobernantes, etc., si bien, «En el otro extremo de la realidad, esa fuente del desconocimiento resultaría de la complejidad de los procesos simbólicos que operan en las sociedades altamente desarrolladas y, consiguientemente, con un también alto nivel de integración. En efecto, la interacción de los hombres es allí, cada día, más sofisticada. Acude a mecanismos de comunicación simbólica y a procesos de alto grado de abstracción, asentados en prácticas materiales especialmente tecnificadas.»

Éste no sería en realidad un efecto no deseado, propio de la indudable complejidad de las sociedades contemporáneas y del subsistema jurídico en particular, si bien el desconocimiento se encuentra mediado por esta complejidad. El autor lo ve más bien como una demanda tendiente a escamotear el sentido de las relaciones estructurales establecidas entre los sujetos, con la finalidad de reproducir los mecanismos de la dominación social, en el mismo sentido que también la ideología proporciona una visión que es más bien una representación necesariamente deformada de las relaciones que los hombres tienen con sus condiciones materiales de vida y entre sí, antes que la percepción real de esas relaciones.

No es éste un problema menor en tanto y en cuanto contribuye a la manipulación de los sujetos, a la consolidación de aquéllos que ejercen el poder, y a la indefensión de los súbditos. No es tampoco un problema ajeno a la teoría general del derecho en la medida en que de alguna manera contribuye a su operatividad, así como a sus formas de aplicación, donde desde el derecho positivo se supone una ley conocida por todos, mientras que en verdad es desconocida por la mayoría, hecho que los operadores jurídicos saben muy bien, aunque no forme parte de sus teorizaciones y de sus prácticas habituales.

Frente a esta problemática deberían pensarse otras formas de distribución del saber de los juristas que promoviera un mayor conocimiento de las leyes, como medio de asegurar una mejor protección de los derechos, desacralizando el discurso de la ley, acercando sus contenidos a los súbditos a través de los diversos medios que hoy la tecnología pone a nuestro alcance, incluyendo los de comunicación masiva, y promoviendo la educación tanto general como específica, en la medida en que es el saber uno de los lugares claves desde los que se puede confrontar con el poder.

Finalmente, tanto este autor como Roberto Bergalli, argentino radicado en España, dedicado fundamentalmente a temas de Control Social, (que no forma parte del grupo vernáculo de Teoría Crítica pero mantiene contactos con algunos de sus integrantes), han estudiado con cierto detenimiento las formas que adquiere la administración de justicia en Argentina y en Latinoamérica, así como las corrientes hermenéuticas dentro de las cuales los jueces se desenvuelven y fundamentan sus decisiones, atendiendo siempre a una seria deficiencia de juridicidad y a una acentuada intervención de la politicidad en el sentido más prosaico del término, o sea, atendiendo a las demandas y condicionamientos de los partidos y sectores políticos que posibilitaron el acceso de los jueces a su función. Sin dejar de reparar en la función política que éstos ejercen, en el sentido más amplio y noble de la palabra, los mecanismos de selección que aún no han sido modificados y que al presente generan grandes controversias en el seno del Poder Legislativo porque se ponen en juego decisivas instancias de poder, dan cuenta sin duda de dónde está uno de los nudos problemáticos de la cuestión, aún sin solucionar, diagnóstico en el que seguramente coinciden muchos colegas, más allá de su filiación jusfilosófica.

Esta breve síntesis de lo desarrollado por la Teoría Crítica en Argentina en su corto lapso de vida, ha tratado de poner de manifiesto sus aportes más significativos, pero no agota su repertorio ni la orientación de sus preocupaciones teóricas. Se ha querido presentar a este Congreso lo más relevante de lo realizado hasta el presente, para conocimiento de quienes se interesen por la cuestión, así como para expresar que seguimos en esta dirección, con las reservas y las modificaciones del caso. Muchas gracias por su atención.

A PROPÓSITO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Manuel Atienza
Universidad de Alicante (España)

1 Hace un poco menos de 22 años, viajé por primera vez a la Argentina, con el propósito de reunir información para mi tesis de doctorado que versaba, precisamente, sobre la filosofía del Derecho en ese país. Como he tenido ocasión de decir muchas veces, ese viaje constituyó para mí una gran suerte, tanto en el plano personal como en el intelectual. En relación con el primero de ellos, bastará con que diga que, desde entonces, muchos de mis mejores amigos son argentinos, como argentinos son también la mayor parte de los filósofos del Derecho a quienes considero mis maestros. El que esas dos clases -la de los amigos y la de los maestros- no sean precisamente disjuntas es una dichosa coincidencia que me ha deparado muchísimas satisfacciones y alguna que otra pena; la mayor de todas ellas es el notar la ausencia de dos amigos y maestros a quienes he estimado y admirado profundamente: Carlos Nino y Carlos Alchourrón.

El viaje a la Argentina en octubre de 1975 hizo que me sintiera, durante cierto tiempo, como una especie de «descubridor» de un nuevo mundo iusfilosófico que en muchísimos aspectos -en casi todos- aventajaba con mucho al español de la época. Las cosas han cambiado desde entonces bastante, en no poca medida porque lo que en aquel momento eran dos mundos con pocos lazos de unión constituyen hoy, en muchos aspectos, un único mundo, una misma comunidad iusfilosófica.

Hay muchos datos que avalan esta última afirmación. Algunos tienen que ver con la existencia de empresas comunes, y otros -los que aquí más me interesan- con la proliferación de polémicas internas a esa comunidad. Uno de esos temas polémicos ha sido el de la argumentación jurídica (o, si se quiere, el de la justificación de las decisiones jurídicas -en particular, las judiciales), con la discusión acerca del papel que la lógica y la moral han de jugar -o juegan de hecho- al respecto. Y aquí, las dos posturas enfrentadas, que marcan también una especie de división interna a la iusfilosofía de inspiración analítica, estarían representadas, paradigmáticamente, de un lado,

por Eugenio Bulygin -digamos, el *capoescuola* de la dirección formalista, logicista- y, de otro lado, por Carlos Nino, para el cual la argumentación jurídica -para decirlo con la terminología de Robert Alexy que Nino hizo suya en alguna ocasión- sería esencialmente un caso especial de la argumentación moral. Esa polémica ha tenido diversos episodios, desarrollados en escenarios distintos, y ha conocido -como decía- una variedad de protagonistas. Uno de los últimos -o, quizás, el último, por el momento- de esos episodios lo constituye el reciente libro de Cristina Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico* [1996], que probablemente representa también la más completa exposición de las tesis que antes he llamado formalistas.

2. Dos veces he leído ese libro: una, cuando lo presentó como tesis de doctorado, ante un tribunal del que formé parte; y otra ahora -hace unas semanas- cuando preparaba precisamente la redacción de esta ponencia. En ambos casos me produjo una misma impresión de trabajo brillante que denota agudeza, profundidad de pensamiento y una gran formación filosófica. No me siento, sin embargo, muy de acuerdo con sus tesis de fondo; con algunas de ellas diría incluso que me siento en profundo desacuerdo. Lo que Cristina Redondo defiende en su libro -y que ya había anticipado en un artículo escrito conjuntamente con José Juan Moreso y Pablo Navarro [Moreso-Navarro-Redondo 1992]- es, por un lado -y básicamente- la separación entre el Derecho y la moral y, en particular, la tesis de que la justificación de las decisiones judiciales no implica necesariamente el uso de normas y de principios morales, y, por otro lado, la primacía de la justificación de carácter lógico-deductivo (en aquel artículo se insinuaba como tesis de la «suficiencia» de la lógica) frente a la justificación de carácter sustantivo. El blanco principal -pero no único- de la crítica lo constituye, inevitablemente, la obra de Carlos Nino al que acusa, entre otras cosas, de no haber distinguido satisfactoriamente los diversos significados de «razón» y de «razón para la acción» (p. 259), así como de defender tesis iusnaturalistas («iusnaturalismo ideológico» lo llama Redondo [p. 236]) y un esencialismo conceptual, respecto a los conceptos de deber, de corrección y, sobre todo, de razón para la acción (p. 251).

Esas críticas son, en mi opinión, básicamente injustas y se basan -creo yo- en una incomprensión de fondo de la obra de Nino y, en general, de la concepción iusfilosófica a la que ésta pertenece. No voy a entrar aquí a analizar estas, ciertamente complejas, cuestiones. Concedo además que en la obra de Nino hay ciertas oscuridades al ocuparse de los conceptos de justificación o de razón para la acción. Pero lo que Cristina Redondo -y, en general, los partidarios de esa tesis- no parece tener en cuenta -o no están dispuestos a aceptar- es que se puede, por ejemplo, distinguir conceptualmen-

te entre razones explicativas y razones justificativas (o entre el discurso descriptivo y el normativo), pero pensar también que entre ambas puede haber ciertos nexos. Que se puede ser objetivista en moral y considerar que la justificación en sentido genuino de una decisión implica siempre una justificación moral, sin que se sea por ello un autor iusnaturalista, esto es, sin considerar que sea por ello irrelevante, respecto de su corrección, «el hecho de que una decisión se derive de las normas del sistema jurídico» (p. 236). Y que analizar los conceptos jurídicos o morales de manera que ellos nos permitan reconstruir lo que son nuestras prácticas jurídicas y morales no tiene nada que ver con el esencialismo conceptual.

Hay muchos textos de Nino que podrían aducirse en favor de esas tesis. Uno de los que me parecen más claros es su intervención en el simposio que celebramos con algunos representantes americanos del movimiento *Critical Legal Studies* en Madrid, en junio de 1992, y que se publicó como texto póstumo en el nº 14 de DOXA [Nino 1993]. En esa ocasión, Nino consideraba como característico del método analítico la distinción entre tres tipos de proposiciones: conceptuales, descriptivas y normativas. Remarcaba en particular la importancia de distinguir entre lo descriptivo y lo prescriptivo, con lo que se corresponde «una distinción que creo es fundamental para la filosofía analítica (...) entre razones o justificación y motivos o causación», pero añadía que «por supuesto» «un filósofo analítico puede admitir también que haya puentes entre lo descriptivo y lo normativo» (pp. 36 y 37). «La filosofía analítica -decía Nino- se autoconcibe como empezando por un análisis conceptual generalmente muy cuidadoso y preciso», pero -aunque a más de uno pueda parecerle sorprendente- «es básicamente una actividad de tipo normativo» (p. 37).

Respecto a su visión del Derecho, lo que consideraba central era la necesidad de «conectar el Derecho con la política a través de la moral» (p. 38). La controversia tradicional entre positivismo y iusnaturalismo la consideraba como algo a disolver, pues en buena parte responde a «una confusión conceptual»; «lo que la motiva es un esencialismo en materia conceptualista al suponer que hay una sola posible definición de Derecho» (p. 39). Por el contrario, lo que él consideraba como «la pregunta crucial de la Filosofía del Derecho» es «si las proposiciones jurídicas o normas jurídicas (...) constituyen por sí mismas y en forma independiente y autónomas razones para justificar acciones y decisiones». «Mi respuesta -añadía- es que si el Derecho se entiende en términos puramente descriptivos como lo propone el positivismo, la respuesta es negativa (...) simplemente por la distinción entre lo descriptivo y lo normativo. La imposibilidad de pasar de hechos -porque en definitiva acá se está identificando el Derecho existente, el Derecho positivo, con ciertos hechos- a razones que justifiquen acciones o decisiones»

(p. 39-40). Ahora bien, la necesaria dependencia del Derecho respecto de la moral plantea un par de paradojas. Una de ellas (la otra sería la de la indeterminación radical del Derecho) es la de «la irrelevancia moral del Derecho», que viene del hecho de que «si en todo razonamiento justificatorio como el que hacen los jueces es necesario acudir en última instancia a razones morales para justificar las prescripciones jurídicas, la pregunta es ¿por qué necesitamos esas prescripciones jurídicas? ¿por qué no nos quedamos con las razones morales y se terminó?» (p. 40-41). Para superar esa paradoja, Nino advierte que es preciso superar también el individualismo metaético que supone que «los principios morales se refieren a acciones individuales; y esto -añadía Nino- en buena medida, y en casi toda la medida en lo que hace al Derecho, al plano jurídico, creo que es un error» (p. 41-42). «El Derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo (...) una práctica social (...) quiere decir que el juez que tiene que decidir un caso, no tiene que decidir como si estuviera solo en el mundo y tomar la mejor decisión (...) El razonamiento jurídico justificatorio de un juez se da en un plano escalonado, digamos: un primer nivel en el que el juez tiene que ver si la práctica jurídica en su conjunto es una práctica moralmente justificada (...) luego pasa a un segundo nivel de análisis en que tiene que ver si su acción está o no justificada de acuerdo a esa práctica» (p. 42). En el plano epistémico de la moral -añadía todavía Nino- «hay una tradición que supone que si alguien no es subjetivista en materia moral en lo que cae, como el iusnaturalismo tradicional, es en una especie de individualismo epistémico en materia moral. Esto es lo que voy a atacar: la idea de que uno llega a principios morales válidos aún en el plano intersubjetivo por su propia reflexión individual aislada» (p. 43). Etcétera.

Todo esto, Nino lo decía con el propósito de caracterizar la iusfilosofía analítica -o el método analítico- en relación con la concepción de quienes allí asumían el punto de vista de las teorías críticas del Derecho (los *Critical Legal Studies*). Lo curioso del caso es que esa manera de entender el método analítico y la filosofía del Derecho -con la que básicamente estoy de acuerdo- resulte hasta tal punto divergente con respecto a otras concepciones iusfilosóficas pertenecientes también a la tradición analítica, y de la que forma parte el libro de Cristina Redondo. Esa discrepancia en cuanto al fondo -o sea, en cuanto a los presupuestos, a los intereses de conocimiento, a la forma de entender la teoría del Derecho, etc.- es tan profunda que muchas veces, discutiendo con algunos de sus representantes -argentinos y españoles-, he tenido la impresión de que se trataba, en realidad, de una discusión estéril, en la que todo estaba ya dicho y ninguna de las dos partes tenía la menor posibilidad de modificar la postura de la contraria. Para volver al tema de la justificación de las decisiones judiciales, a mí me parece sim-

plemente descabellado pensar que la justificación jurídica sea independiente de la justificación moral, esto es, que no exista -en algún sentido- una conexión esencial entre la argumentación jurídica y la moral; y todavía más descabellado, que esa justificación consista exclusiva o fundamentalmente en una justificación de tipo lógico-deductivo. Por lo demás, he discutido esas dos tesis a propósito del artículo de Navarro, Moreso y Redondo al que antes hacía referencia [Atienza 1994], y no es cuestión de repetir ahora esos argumentos (pues, por mi parte, se trataría de repetirlos, ya que la postura de Cristina Redondo en su libro es esencialmente la misma que había defendido anteriormente). Aquí elijo, por ello, una estrategia de aproximación al libro -y a la dirección de iusfilosofía analítica que representa- distinta y que consiste en centrarme en lo que, en principio, me parece más prometedor y compartible: su análisis del concepto de argumento.

3. Lo fundamental de ese análisis parece poder resumirse así.

1) Dejando a un lado la razón como facultad o capacidad humana (teórica o práctica), existen básicamente tres nociones distintas de razón: como premisa de un argumento, como motivo y como justificación. Entre esas tres nociones existe una separación clara y es un error suponer que existe o que puede construirse un único concepto de razón o de razón para la acción. Ello es así porque cada uno de esos sentidos cumple una función distinta que está determinada también por condiciones distintas: «Las condiciones que debe reunir algo para ser una razón-premisa, capaz de justificar en sentido formal una conclusión, las establece la teoría de los argumentos, i. e. la lógica. En este sentido, la condición esencial es que sea un enunciado o proposición. Por su parte, las condiciones para que algo pueda ser considerado una razón capaz de explicar una acción dependerá de las teorías de la acción y de la explicación que se adopten. Del mismo modo, las condiciones para que algo pueda ser considerado una razón que justifica una acción, en sentido sustantivo, dependerá de la concepción normativa (religiosa, política, jurídica, ética, etc.) que se escoja» (tesis, p. 79).

2) Dada la conexión existente entre la noción de razón y la de argumento, no existe tampoco una única noción de argumento, aunque cabría decir que el argumento por antonomasia es el argumento en sentido lógico, o sea, «una secuencia de proposiciones o enunciados entre los cuales uno de ellos se deriva de los restantes en virtud de la aplicación de cierta regla de inferencia». Pero de argumento práctico se habla no sólo en este sentido lógico, sino también en cuanto noción teórico constructiva y en cuanto noción normativa. En estos dos últimos casos, los argumentos hacen alusión también a conjuntos de enunciados, pero que no guardan entre sí una relación de tipo lógico. Además, en los tres casos debe distinguirse entre los «modelos abstractos» de razonamiento y los «procesos psicológicos o verbales

de argumentación» con que se vinculan y que también se denominan «argumentos prácticos»: «El argumento entendido como estructura lógica, puede tomarse como patrón para calificar el procedimiento que sigue un individuo cuando argumenta[1]. Por ejemplo, si un juez, al fundamentar su decisión, no se adecua a alguna estructura deductiva, su justificación debe considerarse inválida y descartada como argumento lógico. Por el contrario, el esquema abstracto de argumento práctico que se utiliza en la reconstrucción de la acción, podría ser descartado si se mostrase que no permite entender como acciones aquello que una idea intuitiva identificaría como tales, o si no es útil para formular hipótesis o predicciones adecuadas. Por último, en el caso del argumento en sentido normativo, la falta de adecuación con los procesos reales de argumentación justificaría un reproche por no realizar una conducta debida, pero no un abandono de los modelos» (p. 115) (precisamente porque aquí los modelos son normativos, no pretenden *reconstruir* lo que alguien hace cuando argumenta).

3) En relación con la justificación judicial, lo anterior lleva a distinguir tres sentidos y funciones de los argumentos prácticos: «(a) el que reconstruye los pasos deductivos de la justificación, (b) el que representa el proceso psicológico del juez y (c) el que pretende garantizar una justificación sustantivamente correcta. Los tres esquemas de 'razonamientos prácticos' guardan relación directa con las distinciones apuntadas respecto a los significados de 'razón'. Todo argumento práctico, en sentido lógico, menciona razones premisas. Todo argumento práctico en sentido teórico-reconstructivo, aplicado a una acción, menciona razones explicativas. Por último, todo argumento práctico en sentido normativo establece cómo se deben evaluar las razones sustantivas» (p. 256).

4) Dado que el segundo de los anteriores sentidos (teórico-reconstructivo) cumple una función explicativa, quedan dos sentidos de justificación aplicables a la reconstrucción de una sentencia judicial. La justificación en sentido formal y objetivo (basado en la existencia de una razón o justificación, no en la creencia o la aceptación de algo como una razón: este último sería el sentido subjetivo [p. 255]) le parece a Redondo incuestionablemente exigible y que no plantea demasiados problemas, dado que «los parámetros de la lógica permiten controlar la justificación de la sentencia en este sentido» (p. 258). La justificación sustantiva, en sentido subjetivo, no puede considerarse una condición necesaria de la justificación judicial (el compromiso con una creencia moral no puede exigirse, puesto que las creencias

[1] «Desde el punto de vista funcional o pragmático, el argumento práctico en sentido lógico tiene un uso característico como patrón para juzgar la validez de los razonamientos reales» p. 160, tesis).

son involuntarias y puesto que, además, ese compromiso podría simularse). La justificación sustantiva en sentido objetivo sólo puede exigirse si existe un consenso en torno a una teoría normativa, teoría de la que dependen la existencia de esas razones objetivas. «La garantía de "objetividad" será siempre en relación a esa teoría. Si quienes controlan y quienes son controlados en su tarea de justificar no sustentan una misma teoría normativa, la discusión acerca de la corrección de la justificación no es racional» (p. 258).

4. En el libro de Cristina Redondo que he tomado -e insisto en ello- como modelo de una orientación iusfilosófica ampliamente difundida en Argentina y también -aunque en menor medida- en España (mi amigo Roberto Vernengo diría seguramente que por nuestro iusnaturalismo «endémico»), hay muchas distinciones y análisis incuestionablemente valiosos (no sólo los antes reseñados) para una reconstrucción adecuada del concepto de razonamiento y de razonamiento jurídico. Pero cuando se reflexiona sobre todo ello surgen -o, al menos, me surgen a mí- estas dos cuestiones. La primera es si ese análisis contiene todos los ingredientes necesarios para dar cuenta del razonamiento, o bien deja fuera elementos de importancia crucial o que, al menos, pueden considerarse de interés. La segunda es si el haber trazado todas esas distinciones, o el ser consciente de la importancia de las mismas, lleva inexorablemente a negar que pueda haber también algún tipo de unidad entre ellas; por ejemplo, que pueda existir algo que una de manera esencial las tres nociones distintas de argumento -o de argumento práctico- que hemos visto.

4.1. Con respecto a la primera pregunta, lo que me parece falta en el anterior análisis es, fundamentalmente, la argumentación en cuanto práctica. Es cierto, como hemos visto, que ahí se distingue entre los «modelos abstractos de razonamiento» y los «procesos psicológicos o verbales de la argumentación». Pero al respecto cabría decir: en primer lugar, que la distinción se hace precisamente para no ocuparse de esos procesos; y en segundo -y fundamental- lugar, que esa práctica no consiste meramente en un fenómeno psicológico, individual, sino que es también -que ha de verse también como- una práctica social.

En otro lugar [Atienza 1997] he distinguido entre una concepción formal, material y pragmática o dialéctica de la argumentación, cada una de las cuales se corresponde, me parece, con una situación distinta en que, se diría, surge una necesidad de argumentar.

La primera de esas situaciones tiene lugar cuando alguien tiene que resolver un problema a partir de ciertos datos -ciertas premisas- ya dadas, haciendo abstracción del posible contenido de verdad o corrección de las mismas, y utilizando ciertas reglas -reglas de inferencia- también previamente determinadas. Un ejemplo característico de ello sería el tipo de razona-

miento requerido para resolver los ejercicios propuestos en un libro de lógica. Ese razonamiento puede efectuarlo un individuo aislado y no tiene, naturalmente, relevancia social en sí mismo, aunque sí mediatamente, como entrenamiento para embarcarse en numerosas prácticas sociales -en todas aquéllas que tengan alguna pretensión de racionalidad.

La segunda de esas situaciones se plantea frente a problemas que podemos llamar sustantivos, esto es, que hacen referencia teórica o prácticamente al mundo, de manera que no cabe hacer ya abstracción del contenido de verdad o de corrección del punto de partida, de las premisas. Los problemas de carácter científico (por ejemplo, cómo explicar la actual configuración de Marte), técnico (cómo optimizar los recursos hídricos en una zona semidesértica como Alicante) o moral (¿se debe prohibir -o se debe prohibir siempre- la clonación de seres humanos?) serían casos paradigmáticos de situaciones que desencadenan procesos de argumentación de este tipo. Su relevancia social es obvia, pero aquí podría decirse todavía que una cosa es la argumentación que desarrolla un individuo (que se enfrenta con un problema de alguno de los anteriores tipos) y otra la repercusión social que ello pueda tener.

Hay, sin embargo, un tercer tipo de situación, en que no cabría efectuar esta distinción entre el plano de lo individual psicológico y el de lo social; o, mejor dicho, situaciones en que argumentar consiste propiamente en una interacción social. Se trata de situaciones en que interactuamos con otro (o con otros) para lograr que ellos (o terceras personas) acepten ciertas tesis (respetando ciertas reglas, y a partir de algunos presupuestos comunes). Los debates políticos o muchas «discusiones de café» en las que todos nos embarcamos de cuando en cuando serían ejemplos de ello, como también cierto hábito social existente en la Atenas clásica y que parece haber sido el «contexto real» en que se inserta la doctrina que Aristóteles construye (o, mejor cabría decir, reconstruye) en los *Tópicos* y en las *Refutaciones sofísticas.*

Según Miguel Candel, ese hábito social consistía «en la celebración de debates públicos bajo la presumible vigilancia de un árbitro, en que dos discutidores (dialektikoi), profesionales o aficionados, con fines instructivos o de mero entretenimiento, proceden a asumir, respectivamente, los papeles de sostenedor e impugnador de un juicio previamente establecido (...) El impugnador se esforzará, mediante preguntas lo más capciosas posible, en probar, *a partir de las propias respuestas del adversario,* la afirmación de lo que el juicio previamente establecido negara (...) o la negación de lo que afirmara. El sostenedor, por su parte, responderá lo más cautamente posible a fin de no conceder nada de lo que pudiera desprenderse lo contradictorio de lo que sostiene. Ambos han de proceder de buena fe en esta competición,

absteniéndose de recurrir a «marrullerías» (...) como negarse a responder ante preguntas correctamente formuladas o seguir preguntando lo mismo con pequeñas diferencias cuando la respuesta ha sido lo suficientemente inequívoca y clara (...)

El debate parte de un problema (...) El problema es una interrogación disyuntiva del tipo: *¿Es o no verdad que tal cosa es así?* El sostenedor toma entonces partido por uno de los miembros de la disyunción y se inicia el proceso (...) Teniendo en cuenta, ante todo, que el problema escogido ha de ser una cuestión «discutible» o «debatida» (...)

Ahora bien, la elección del problema es sólo el primer paso: inmediatamente después, el que responde asume uno de los dos miembros de la disyunción (...)

Acto seguido, el que pregunta acomete su tarea planteando al adversario una serie de cuestiones en forma, también, de proposiciones que, sin ser necesariamente verdaderas, cuenten a su favor con un cierto grado de credibilidad (...); estas proposiciones han de ser tales que su concesión o su rechazo por el que responde las constituya en «premisas» (afirmativas o negativas) de un razonamiento (*syllogismós*) que concluya o parezca concluir la contradicción de la proposición defendida por el que responde, con lo que éste sale derrotado del combate. Si, por el contrario, este resultado no se alcanza en un lapso de tiempo fijado previamente, la victoria corresponderá al que responde» [Candel 1982, pp. 82-84].

Pues bien, este último contexto de la argumentación (o este tipo de práctica argumentativa o enfoque de la argumentación) cae, me parece, claramente fuera de las tres nociones de argumento que se distinguían en el libro de Cristina Redondo. Obviamente, tiene mucho que ver con el concepto lógico de argumento, pero no puede reducirse a razonamiento lógico (por lo menos, si se entiende la lógica en el sentido en que lo hace Redondo, como lógica formal deductiva). Ni tampoco, al razonamiento en sentido teórico-reconstructivo o normativo; aquí no se trata propiamente de explicar ni de justificar sustantivamente algo. Ahora bien, dado que las otras prácticas argumentativas se conectan claramente con modelos o tipos de racionalidad bien definidos (la racionalidad lógico-formal, la racionalidad científica, la racionalidad técnica, la racionalidad moral) cabría hacerse la pregunta de si esta última cae fuera de la idea de racionalidad (o es una forma «degenerada» de alguno de los anteriores tipos; por ejemplo, de la racionalidad técnica). Si fuera así, quizás pudiera justificarse que queden también fuera del análisis de Redondo la cual, al fin y al cabo, procede a distinguir esas tres nociones de argumento a partir de otras tantas nociones de razón. La respuesta -creo yo- es que la tercera de las nociones o de los contextos de argumentación se conecta con un tipo de racionalidad que cabría llamar pro-

cedimental. Pero no se trata de una racionalidad procedimental en un sentido débil, en el sentido en que podría decirse que la racionalidad de la modernidad es procedimental (frente a la racionalidad sustancial de las interpretaciones religiosas o metafísicas del mundo), ni tampoco en un sentido fuerte, según el cual, sería procedimental una teoría de la racionalidad como la de Habermas (en la que -como se sabe- el consenso obtenido respetando las reglas de un procedimiento racional es el criterio de la verdad o de la corrección de los enunciados), sino en un sentido que cabría llamar intermedio, lo que Gianformaggio denomina teoría procedimental de «las reglas del juego» y cuyo modelo estaría dado por las reglas de la democracia, y especialmente por las reglas del juego parlamentario: «Es un *procedimiento racional,* más que una *razón procedimental*; y se distingue del procedimiento científico esencialmente porque las reglas de que se compone no se entienden como válidas para fundamentar en el contenido, o sea, en la sustancia, el resultado del propio procedimiento, sino solamente para intentar ponerlo preventivamente a resguardo de los ataques de los disidentes. El resultado del procedimiento no es visto, por lo tanto, como *la conclusión de un procedimiento,* sino que sigue siendo el fruto de una *decisión* que viene tomada, sí, respetando las reglas, pero no siendo en absoluto, en sentido sustancial, el producto de la observancia de esas reglas» [Gianformaggio 1993, p. 155].

4.2. La segunda de las preguntas que antes me hacía era la de si entre estas distintas concepciones de los argumentos existe algún elemento o alguna relación que las dote de una cierta unidad. Y la respuesta, en principio, parecería ser que entre estas tres concepciones que he distinguido (y que no se corresponden del todo con las de Redondo) pueden encontrarse tanto elementos comunes como elementos divergentes: analogías y diferencias.

Así, en primer lugar, lo que desencadena la argumentación es, en los tres casos, un problema, aunque de naturaleza distinta: formal, sustantivo (teórico o práctico y, en este segundo caso, de carácter técnico o moral) y político (puesto que de lo que se trata en el tercer supuesto es de dirimir una controversia mediante una decisión).

Además, en segundo lugar, en los tres casos cabe hablar de premisas y de conclusiones, esto es, de aquello de lo que se parte y aquello a donde se llega, y del paso de un lugar a otro. Sin embargo, la naturaleza de las premisas y de la conclusión es distinta en cada supuesto. No hay duda de que, en la concepción formal, las premisas y la conclusión son enunciados. Sin embargo, en el caso de la concepción material, la naturaleza de las premisas y de la conclusión es una cuestión debatida. Raz entiende que las premisas -las razones- son hechos (entendidos en el sentido muy amplio de «aquello en virtud de lo cual los enunciados verdaderos o justificados son

verdaderos o justificados [p. 17]»), al igual que lo sería también la conclusión (la conclusión de un razonamiento práctico sería, para él, que hay una razón para que un agente realice una acción o que un agente debe hacer tal cosa [p. 28]. Pero me parece que esa idea se puede expresar con menos problemas diciendo que se trata de contenidos proposicionales que, de alguna forma, hacen referencia al mundo (o que tienen la pretensión de ser verdaderos o correctos). Y, en relación con la concepción pragmática o dialéctica, las premisas y la conclusión serían hechos convencionales o, mejor, proposiciones que reflejan esos hechos (el hecho de que tal contenido proposicional es aceptado por la otra parte o por cierto auditorio). Puede decirse así que, en los tres supuestos, el lenguaje es fundamental, o sea, que la argumentación se da siempre en un lenguaje, pero, en cada caso, se destaca un aspecto o un eje distinto del lenguaje: en el primer caso, lo que se privilegia es el aspecto sintáctico, puesto que se hace abstracción de las relaciones del lenguaje con el mundo y con los usuarios; en el segundo caso, sería el lado semántico, el contenido de verdad o de corrección de las premisas y de la conclusión; y en el tercero, el pragmático: la aceptación por parte de los usuarios y destinatarios de la argumentación.

Por otro lado, cabría también decir que en la concepción formal el énfasis se pone en la inferencia, en el paso de las premisas a la conclusión; mientras que en la concepción material estaría más bien en las premisas, y en la dialéctica en la conclusión, esto es, en alcanzar un determinado resultado.

En tercer lugar, prescindiendo de los fines concretos -ocasionales- que puede perseguir quien(es) argumenta(n) en cualquiera de esas tres situaciones, hay también ciertos fines abstractos que definen a cada una de ellas. En el caso de la concepción formal, se tratará de mostrar qué inferencias son válidas. En el de la concepción material, en qué se debe creer o qué se debe hacer (qué es lo que alguien debe o no hacer o qué medio es el adecuado, dadas ciertas condiciones, para obtener tal fin). Y en la concepción pragmática o dialéctica, cómo lograr que otro u otros acepten determinadas tesis.

Finalmente, en los tres supuestos hay ciertas reglas, ciertos criterios, que muestran de qué manera ha de procederse para alcanzar esos fines. En la concepción formal se tratará de las reglas de la deducción (de alguna teoría de la lógica). En la concepción material, en cada caso, de las teorías científicas, técnicas o morales disponibles. Y en la concepción dialéctica, de las reglas del juego aceptadas previamente.

5. El resultado a que se ha llegado hasta ahora -la contestación a las dos anteriores preguntas- podría, quizás, resumirse así: las tres nociones de argumento distinguidas por Redondo son, sin duda, relevantes, pero parecen

dejar fuera aspectos importantes de nuestras prácticas argumentativas, de las distintas formas de entender la argumentación, y en las que cabe distinguir tanto elementos divergentes como elementos comunes. Ello, a su vez, mueve a hacerse una tercera pregunta, a saber: ¿cómo explicar ese tipo de planteamiento? O sea, si mi análisis anterior es correcto, a qué se debe ese alejamiento -o falta de interés- por los procesos reales de la argumentación y esa tendencia a remarcar los elementos diferenciadores de cada concepto de argumentación, en lugar de buscar algún tipo de elemento unificador. En este último sentido, resulta llamativo -o a mí me resulta llamativo- que Cristina Redondo no se haya planteado, por ejemplo, que sus tres nociones de argumento podrían -por lo menos, hasta cierto punto- reunirse en tomo al esquema del silogismo subsuntivo: la argumentación normativa sería la que lleva a establecer la premisa mayor; la argumentación teórico-reconstructiva estaría obviamente vinculada con la de la premisa menor (y no tanto, o no sólo, con la reconstrucción del proceso psicológico del juez); y la argumentación lógica con el paso de las premisas a la conclusión.

En mi opinión, la explicación se halla en una sobrevaloración del papel de la lógica y en un no-cognoscitivismo en materia moral (tesis, esta última, que subyace a todo su discurso, aunque no esté abiertamente tematizada). Pero se diría que lo que hay aquí es, en primer lugar, el intento por reducir la argumentación jurídica a lógica -o lógica formal deductiva- sin más; y, en segundo lugar, la aceptación a regañadientes de ciertos elementos impuros, cuyo reconocimiento no debe llevar a mezclarlos con los propiamente lógicos. De aquí resulta, por cierto, una concepción de la lógica que puede ser discutible en cuanto Cristina Redondo parece atribuirle una capacidad de reconstrucción de la práctica *real* de la argumentación (frente al carácter *normativo,* que ella subraya, de la argumentación moral) que no está claro que tenga; desde luego, no está claro que lo tenga la lógica deductiva estándar a la que ella parece referirse. Alchourrón, en uno de sus últimos trabajos [Alchourrón 1995], subrayaba que el *leit motiv* de la mayor parte de las lógicas divergentes parece encontrarse en la necesidad de construir lenguajes artificiales, lenguajes formales que reflejen la «lógica» interna incorporada a nuestros lenguajes naturales. Pero esto no puede lograrse del todo: «En un sentido importante -escribe- no hay una lógica coherente con el lenguaje natural. El lenguaje corriente no sólo está plagado de ambigüedades, vaguedades y toda suerte de imprecisiones significativas que justifican apartarse de él en los procesos de reconstrucción racional, sino que acumula en su seno intuiciones incompatibles que no pueden superarse más que reformándolo, abandonando intuiciones que pueden ser muy sólidas (...) cualquiera que sea la lógica que terminemos privilegiando, ella tendrá que apartarse de las intuiciones básicas incorporadas al esquema de

conceptos de los lenguajes corrientes. Esto implica abandonar una idea reconstructiva con pretensiones de resultados unívocos» (pp. 46-47).

Esa sobrevaloración de la lógica, unida al no-cognoscitivismo en materia ética es, por cierto, signo distintivo del jefe de filas de esa dirección formalista en la que se inscribe el trabajo de Cristina Redondo. En efecto, enfrentado al problema de la interpretación, Eugenio Bulygin [1992] tiende a verlo exclusivamente como un problema semántico, en el sentido de que para él la interpretación es el proceso a través del cual se explicitan las reglas semánticas de un lenguaje. Básicamente, existirían dos situaciones en las que se necesita recurrir a esa operación y que Bulygin denomina, respectivamente, subsunción genérica y subsunción individual. Existe un problema de subsunción genérica cuando no está claro si la extensión de un determinado predicado está incluida en la de otro. Por ejemplo, se dispone -digamos, como material en bruto- del enunciado que establece que «los contratos sacrílegos deben ser anulados» [Bulygin toma aquí un conocido ejemplo de Dworkin] y nos preguntamos si un contrato celebrado en domingo es o no sacrílego. Para resolver esa duda, el intérprete necesita construir una regla semántica que establezca, por ejemplo, que la extensión del predicado «celebrado en domingo» está dentro del predicado «sacrílego». Una vez establecida esa regla, el enunciado «los contratos celebrados en domingo son sacrílegos» es analítico, o sea, su verdad depende exclusivamente del significado de «sacrílego» y «celebrado en domingo».

Los problemas de subsunción individual se plantean cuando se trata de aplicar una norma universal a casos individuales. En esos supuestos, aparece -según la terminología quizás no muy clara de Alchourrón y Bulygin una *laguna de reconocimiento* si en la norma, en la premisa mayor, existe un término vago, de manera que no se sabe si un determinado caso, un determinado individuo lógico, cae o no bajo el alcance de ese término. Por ejemplo, Tim y Tom celebraron un contrato en un día festivo, pero no domingo, y no está claro si la norma que establece que «los contratos celebrados en domingo son sacrílegos» incluye también los celebrados en otros días festivos; esto es, no está claro cómo haya de entenderse «domingo». La resolución de la duda pasa también en este caso por la construcción de una regla semántica que diga, por ejemplo, que «"domingo" es -o se entiende por "domingo"- el día de la semana que precede al lunes». Una vez establecida esa regla, el enunciado «quien celebra un contrato en un día que no sea domingo, aunque sea día festivo, no lo celebra en domingo» sería también obviamente analítico (no sería analítico, sin embargo, el enunciado «Tim y Tom no celebraron su contrato en domingo», porque la verdad del mismo depende también de una cuestión empírica: de que efectivamente hubieran celebrado un contrato en tal y cual día, etc.).

Bulygin realiza, en el trabajo al que me estoy refiriendo [Bulygin 1992], un par de afirmaciones que pueden parecer sorprendentes: una de ellas es que, en su opinión, aunque la interpretación sea muy importante en el Derecho, sin embargo no hay aquí problemas que sean específicamente jurídicos; la otra es que los enunciados interpretativos (por ejemplo, «los contratos celebrados en domingo son sacrílegos») no expresan un juicio de valor, aunque se basen en juicios de valor. Pues bien, ambas afirmaciones son inobjetables, pero siempre y cuando se reduzca el problema de la interpretación del Derecho a los límites en que lo plantea Bulygin y que supone prescindir (prescindir, en el sentido de que eso queda fuera del marco de referencia de su concepción de la interpretación) de los llamados criterios o cánones de la interpretación (los que señalan cómo establecer esas reglas semánticas) y de las teorías de la interpretación (por ejemplo, la discusión que plantea Dworkin entre modelo intencionalista y modelo constructivo de interpretación). El problema de entender así la interpretación es, simplemente, que no puede dar cuenta -quizás no se pretenda tampoco- de lo que los juristas entienden por interpretación y de lo que hacen cuando interpretan.

Vuelvo de nuevo a los tres modelos básicos de argumentación. Cada uno de ellos -como decía- puede entenderse como ligado esencialmente a cierta práctica argumentativa, pero todas o casi todas nuestras prácticas sociales complejas que exigen una argumentación (lo que Toulmin [1958] llama «empresas racionales»: el Derecho, la ciencia, el arte, los negocios, la ética) suponen tomar en cuenta esas tres dimensiones. Quizás esté aquí la explicación de que, en efecto, no exista una noción general (una clase) de argumento del que las otras sean especies; no cabe, por ello, buscar una unidad en abstracto, sino que la «unidad» vendría dada por la forma característica en que cada una de esas empresas combina los elementos de esas tres concepciones.

En el caso del Derecho, mi opinión es que una teoría adecuada, o plenamente desarrollada, de la argumentación jurídica tendría que contener elementos pertenecientes a esas tres dimensiones e integrarlos adecuadamente. Éste constituye, cabría decir, uno de mis proyectos intelectuales, en el que estoy embarcado desde hace años, y no es, desde luego, cuestión de entrar aquí en detalles. Tan sólo quiero señalar que la pluralidad de contextos argumentativos en el ámbito jurídico puede hacer que, en cada uno de ellos, predomine alguna de esas tres concepciones. Así, es comprensible que, desde la perspectiva de un teórico del Derecho que analiza una sentencia judicial en cuanto resultado de un proceso en el que él no pretende entrar, la argumentación jurídica se le pueda aparecer esencialmente como una argumentación de tipo lógico, en cuanto él puede dar cuenta, hasta cierto

punto, de ese resultado a partir de la concepción lógica. Pero desde la perspectiva del juez -o del legislador- lo que importa, claro, no es eso, sino cómo llegar ahí: por qué aceptar como probado un determinado hecho o cómo interpretar tal norma; para ellos, lo esencial -al menos, en los casos algo complejos- es la construcción de las premisas, la concepción material de la argumentación. Finalmente, es también comprensible que el abogado tienda a ver la argumentación jurídica desde la tercera de las concepciones: cómo lograr que el juez (o la otra parte en un proceso de negociación) acepte ciertas tesis.

Hay, por lo demás, una razón que me parece bastante obvia y que explica por qué el Derecho no puede prescindir de ninguna de esas tres concepciones (insisto: el que según la perspectiva adoptada *predomine* una u otra concepción no significa que las otras desaparezcan sin más). Se debe a que el Derecho en cuanto práctica racional, y en particular el Estado de Derecho, el Estado constitucional, presupone -o implica- no sólo valores de tipo formal (ligados con la idea de previsibilidad), sino también de tipo material (vinculados a las nociones de justicia o de verdad) y de tipo político (conectadas a la noción de aceptación).

6. Antes de terminar, y dado que en lo que antecede he mostrado una actitud contraria a lo que he llamado concepción formalista o logicista, quiero remarcar que mi concepción del Derecho -y, en particular, de la argumentación jurídica- no es en absoluto antilogicista y, según como se entienda, ni siquiera antiformalista. No sólo es que considere que la perspectiva lógica, el análisis lógico, es una dimensión absolutamente indispensable para una teoría de la argumentación jurídica. Sino que me parece, además, que al respecto hay mucho trabajo por hacer. En buena parte, ello es debido, en mi opinión, a que los analistas lógicos del Derecho suelen partir de una tipología de los enunciados jurídicos demasiado pobre, lo que lleva inevitablemente a limitar indebidamente las formas -los esquemas formales- de los argumentos jurídicos. Ello puede verse, por ejemplo, en la obra de Alchourrón y Bulygin a la que -tal y como lo ha subrayado Ruiz Manero [1996]- subyace la tesis implícita (y otro tanto cabría decir en el caso de Cristina Redondo) de que todos los tipos de enunciados jurídicos relevantes pueden reducirse a dos categorías: reglas de conducta o normas regulativas y definiciones o reglas conceptuales. En un libro publicado hace algunos meses con Juan Ruiz Manero [Atienza-Ruiz Manero 1997] y que es el resultado de bastantes años de trabajo conjunto (y en el que la mayor influencia observable es, precisamente, la de Alchourrón y Bulygin), hemos tratado de presentar una tipología más rica y capaz, nos parece, de dar cuenta de la variedad de enunciados jurídicos en que consiste el Derecho considerado como lenguaje (digamos, como lenguaje legislativo). Aplicado a la

obra de Alchourrón y Bulygin, el resultado que arroja sería, por un lado, «que el modelo de correlación caso/solución a través del cual [Alchourrón y Bulygin] presentan la estructura de las normas regulativas tan sólo da cuenta de un subtipo de las mismas [las reglas de acción] y deja de lado a importantes y numerosos ejemplos de normas jurídicas regulativas que, bien por el lado del antecedente [los principios en sentido estricto], bien por el lado del consecuente [reglas de fin], bien por ambos [directrices] no se ajustan al modelo propuesto» [Ruiz Manero 1996, p. 4]; por otro lado, bajo el rótulo de «reglas conceptuales», en la obra de Alchourrón y Bulygin «se encuentra indebidamente asimilados tres tipos distintos de enunciados jurídicos: las definiciones, las reglas que confieren poderes y las (...) reglas puramente constitutivas» [ibid].

Empecé haciendo referencia a mi primera estancia en Argentina en 1975. Entonces como ahora, tanto en Argentina como en España, la diversidad de orientaciones iusfilosóficas existentes podrían reducirse -naturalmente, no sin ciertas simplificaciones- a tres modelos básicos (o a alguna combinación de elementos que podrían considerarse característicos de alguno de esos tres modelos): el iusnaturalista, el analítico y el crítico. No es, por cierto, tarea fácil caracterizar con alguna precisión cada una de esas tres formas de entender la filosofía del Derecho, pero ese es el esquema del que solemos partir cuando se trata de ubicar a alguien -o de ubicarse a uno mismo- en el universo iusfilosófico.

Personalmente - a pesar de coincidencias aparentes como el objetivismo moral o la no separación entre el Derecho y la moral- me siento muy alejado del modelo iusnaturalista, aunque no me cabe duda de que ésa es una de las orientaciones iusfilosóficas que merece la pena discutir. En todo caso, mi postura no coincide aquí con la de Nino (el cual, desde luego, no fue un iusnaturalista), pues yo no considero que la discusión entre iusnaturalismo y iuspositivismo, a propósito del concepto de Derecho, sea sólo un malentendido; creo que aquí hay una cuestión de fondo (podríamos decir, que la contraposición no se mueve sólo en el plano de las *concepciones,* sino en el de los *conceptos* -o en el de los «conceptos históricos» como diría González Vicén), de manera que hoy es posible, si acaso, ser post-positivista, pero ya no iusnaturalista. Por lo que se refiere a las llamadas «teorías críticas del Derecho», comparto en muy buena medida lo que podríamos llamar su *Weltsanschauung,* su concepción -crítica- del mundo y sus deseos de transformarlo. Pero su instrumental iusfilosófico me parece inadecuado y, en mi opinión, absolutamente necesitado, entre otras cosas, de una buena criba analítica. Y filósofo analítico, en fin, me considero únicamente en cuanto al método; como antes veíamos, la utilización de ese método es compatible con muy diversas posiciones en cuanto a la concepción filosófica de

fondo que, por ejemplo en materia moral, va desde concepciones emotivistas hasta posturas fuertemente objetivistas como la de Garzón Valdés.

En la revista que nace precisamente con este Congreso, *Spes,* Ricardo Guibourg opinaba que entre estas tres tendencias iusfilosóficas «puede haber un punto de unión si se lo quiere buscar». Comparto ese juicio (y ese propósito), pero me parece que esos puntos de unión bien pudieran ser puramente polémicos, esto es, la finalidad última del diálogo interfilosófico no tiene por qué ser lograr algún tipo de acuerdo, sino, por ejemplo, entender mejor la propia postura. Por lo demás, me parece que hay un punto (no precisamente positivo) que *sí* tienen en común esas tres concepciones, y sobre el que todos deberíamos reflexionar: se trata de la escasa incidencia que el discurso iusfilosófico tiene en nuestros países (me refiero a países latinos como Argentina, España o Italia) sobre las diversas prácticas jurídicas, incluida la de la doctrina, la de la dogmática jurídica. En relación con la iusfilosofía analítica, quizás no esté de más recordar que, en sus orígenes (en los escritos de Carrió) y en la obra más emblemática de esa dirección (*Normative Systems*) existía una pretensión de incidencia en la práctica jurídica o, al menos, de construir una iusfilosofía quizás *de* filósofos, pero no sólo *para* filósofos que, me parece, se ha perdido en buena medida y que convendría recuperar (por ejemplo, a propósito de la argumentación jurídica). Naturalmente, nunca podremos estar seguros de que vamos a tener éxito en la tarea de transformar positivamente el Derecho -y, a través suyo, el mundo, o algún aspecto del mismo- pero sí que deberíamos estar seguros de que, al menos, tendríamos que intentarlo.

BIBLIOGRAFÍA

ALCHOURRÓN 1995: Carlos E. Alchourrón, *Concepciones de la lógica,* en *Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía,* vol. 7, *Lógica*, Ed. Trotta, Madrid, 1995.

ALCHOURRÓN-BULYGIN 1971: Carlos E. Alchourrón y Eugenio Bulygin, *Normative System,* Springer Verlag, Viena, 1971. Versión cast. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Astrea, Buenos Aires, 1974.

ATIENZA 1994: Manuel Atienza, «Lógica y argumentación jurídica», en Javier Echeverría, Javier de Lorenzo y Lorenzo Peña, *Calculemos.* Homenaje a Miguel Sánchez Trotta, Madrid, 1994, pp. 229-238.

ATIENZA 1997: Manuel Atienza, *Derecho y Argumentación,* Universidad Externado de Colombia, Serie de Teoría Jurídica y Teoría del Derecho, nº 6, 1997.

ATIENZA-RUIZ MANERO 1997: Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho,* Ariel, Barcelona. 1997.

BULYGIN 1992: Eugenio Bulygin, «Sull'interpretazione giuridica», en *Analisi e diritto* (editado por P. Comanducci y R. Guastini), Giappichelli, Torino, 1992, pp. 11-30.

CANDEL 1982: Miguel Candel, *Introducción a los tópicos,* Gredos, Madrid, 1982.
GIANFORMAGGIO 1993: Letizia Gianformaggio, «La nozione di procedura nella teoria dell'argomentazione», *Analisi e Diritto,* 1994. Trad. Cast. de Juan Ruiz Manero, «La noción de procedimiento en la teoría de la argumentación jurídica», *Doxa,* nº 14, 1993, pp. 157-169.
MORESO-NAVARRO-REDONDO 1992: Juan José Moreso, Pablo Navarro y María Cristina Redondo, «Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial», *Doxa,* nº 11, 1992, pp. 247-263.
NINO 1993: Carlos Nino, «Derecho, Moral y Política», *Doxa,* nº 14, 1993, pp. 35-46.
RAZ 1986: Joseph Raz, *Introducción,* en el vol. colectivo *Razonamiento práctico* (compilación de J. Raz), FCE, México, 1986.
REDONDO 1996: Cristina Redondo, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico.* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996.
TOULMIN 1958: Stephen E. Toulmin, *The Uses of Argument,* Cambridge University Press, 1958.
RUIZ MANERO 1996: Juan Ruiz Manero, «Algunos límites de la Teoría del Derecho de Alchourrón y Bulygin». *Isonomía,* Nº 10, México, 1999.

RAZONES PARA LA ACCIÓN Y CONCEPCIONES NORMATIVAS DE LA JUSTICIA

Eduardo Barbarosch
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

1. Reflexiones metaéticas en torno a las concepciones normativas de la justicia. Introducción

Este trabajo se vincula con una investigación que desarrollo en torno a la justicia distributiva y sus problemas actuales. Entiendo que en este tipo de investigación no pueden soslayarse los problemas de orden metodológico, que no son otra cosa que los supuestos ontológicos y epistemológicos que conciernen a la misma. Intento defender la tesis de que posiciones escépticas de la moral no son un obstáculo para desarrollos éticos normativos de problemas de la justicia distributiva y, en segundo lugar, que un programa crítico sobre la justicia distributiva en una sociedad democrática que incorpore ciertos principios no puede realizarse si, en la elección de ellos, los agentes no incorporan un punto de vista moral; no en un sentido de un punto de vista arquimédico, sino desde el punto de vista del propio agente. Esto puede sintetizarse así: 1) Se parte de una posición escéptica[1] en materia moral, lo que no obsta a concebir la posibilidad de ciertos tipos de acuerdos morales hipotéticos referidos a un diseño justo de la estructura básica de la sociedad. 2) La idea de una elección de ciertos principios de justicia para la estructura básica de la sociedad necesariamente debe reconocer una situación hipotética ideal (contrafáctica) donde los individuos, determinados a tener meta-preferencias de orden moral, elegirían principios equitativos, no fundados en el auto-interés. 3) La función de los principios de justicia, así concebidos, constituye un programa crítico para juzgar la distribución de los bienes primarios en las sociedades democráticas.

2. La defensa del escepticismo moral

La hipótesis que parte de una postura escéptica en torno a los valores podría dar lugar a la interpretación de que todo desarrollo ético normativo en torno al problema de la justicia distributiva, nace con una debilidad irreme-

[1] El escepticismo moral tiene varios significados. El que defenderé es una tesis que no impide ni propone abstenerse de pronunciarse moralmente. No sostiene que en materia moral debemos suspender el juicio.

diable. Si no es posible aseverar la «verdad moral» o la objetividad de ciertos principios, que se sustentan, cualquiera podría preguntarse qué sentido tiene su formulación. ¿Cuál es la tarea que le queda a la filosofía moral? Sin embargo, conviene destacar aquí que las posiciones escépticas no han impedido el desarrollo de distintas concepciones de justicia distributiva.

Distintos autores han desarrollado versiones polémicas entre sí, con argumentos más o menos atractivos, a fin de apoyar en razones sus concepciones. Más aún, casi todos han efectuado consideraciones metaéticas en sus obras. Existe una clara discusión ontológica y epistemológica en materia de valores en las respectivas teorías. El renacimiento de la filosofía política, en las últimas décadas de este siglo, se vincula en gran parte con la argumentación moral. Los argumentos morales -se entiende- tienen que ver con ciertas convicciones meditadas. Así se ha afirmado que algún tipo y grado de objetividad es posible como resultado de un consenso unánime. ¿Hasta dónde puede alcanzarse? ¿Cuál es el procedimiento adecuado para lograr ese consenso? Los menos optimistas alegan que sólo se pueden dar argumentos atractivos para apoyar alguna concepción sobre cualquier otra.

Mackie[2] sostiene que empleando nuestro sentido de justicia[3] podríamos encontrar principios equitativos aceptables para nosotros, con los cuales podríamos obtener consecuencias prácticas y aplicaciones sobre nuestras intuiciones morales subjetivas, en un equilibrio reflexivo. Esto -nos dice- es una clase de investigación legítima. La moral no es descubierta sino hecha[4]. Nosotros decidimos cuáles son los puntos de vista morales que aceptamos. El objeto es, más que decidir, qué hacer, qué se puede sostener y qué condenar, qué principios de conducta aceptar como control y guía de nuestras elecciones y para otras personas.

En algún sentido limitado la moralidad es un sistema de constricciones de la conducta cuya tarea central es proteger los intereses de personas que son otras distintas del agente. En última instancia parecería que Hume estaba en lo cierto cuando sostenía que el vicio y la virtud son objetivaciones de nuestros juicios sobre la virtud o vicio de determinados estados de cosas sobre los cuales estamos dispuestos a pronunciarnos aunque no tengamos un especial interés en ellos, dado que no nos afectan.

---

[2] J. L. Mackie. ETHICS, Inventing Right and Wrong. Penguin Books, 1977.

[3] Sentido de justicia no significa intuiciones sobre la existencia de una moral objetiva verdadera.

[4] Cuando Rawls se refiere al segundo rasgo del constructivismo político, ya no moral, se apoya en este aspecto en la idea Kantiana de que la razón práctica se ocupa de la producción de objetos de acuerdo a una concepción de esos objetos mientras que la razón teorética, advierte, se ocupa del conocimiento de los objetos dados. cfr. «El liberalismo Político», pág. 124.

En primer lugar, intentaré una defensa de la denominada posición escéptica hacia la cual el sentido común o la sabiduría popular tiene una tendencia bastante fuerte a desacreditar. Para ello conviene distinguir dos posturas que controvierten en el tema de los valores: Por un lado el realismo valorativo y por el otro el anti-realismo valorativo. El realismo valorativo al que denominaré, siguiendo a filósofo español Juan Carlos Bayón[5], modelo externalista, rechaza «que el carácter valioso de una acción o estado de cosas, dependa de que algún agente en el mundo se lo atribuya. El valor no es una proyección de las preferencias del sujeto, sino algo exterior e independiente de las mismas».

Desde hace un tiempo, existe una fuerte tendencia, cuando se habla de valores relativos a las acciones humanas, a caracterizarlos como «razones para la acción[6]». Entiéndase bien, no son las únicas razones para la acción, deseos e intereses, como veremos, pueden considerarse también como razones para la acción, cuando forman parte de un juicio práctico[7].

3. El realismo valorativo o modelo externalista

El realismo valorativo sostiene que las razones para la acción son externas. Lo que afirma, en otras palabras, es que toda verdadera razón externa es una razón interna para la acción. El valor o razón externa es una guía para la acción. El descubrimiento o reconocimiento del valor genera una preferencia o una razón justificativa para actuar. «Así entienden que un sujeto que desarrolla un punto de vista apropiado, mediante un contacto prolonga-

---

[5] La Normatividad del Derecho: Deber Jurídico y Razones para la Acción. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

[6] Como dice Bayón se puede distinguir entre explicación de una acción y su justificación, la primera podría entenderse como una reconstrucción de la deliberación previa a la acción, en el segundo caso -la justificación- supone una evaluación de la acción. Existiendo distintos sentidos de evaluar instrumental, prudencial, moral. op. cit. pág. 44.

[7] Juan Carlos Bayón, con su peculiar claridad expositiva, nos dice que en su opinión es analíticamente verdadero que un deseo del agente es una razón interna para el agente con el agregado de la cláusula *ceteris paribus*. El problema que se plantea no es si los deseos constituyen razones internas, es decir si son factores que motivan al agente, sino más bien si constituyen verdaderas razones justificativas de la acción. Esto merece una respuesta negativa. Nadie puede justificar una acción suya simplemente alegando que la deseaba hacer. Me parece pues que la distinción que hace el autor que cito es relevante y tiene en cuenta el cambio que introdujo Raz en su consideración sobre los deseos como razones para la acción. Así podrían distinguirse dos clases de deseos: deseos1 y deseos2. Los primeros se integran en la estructura de la acción y constituyen razones para la acción cuando no están en juego intereses o valores del agente, mientras que los deseos2 suponen una actitud deliberativa. Un agente desea2 cuando algo lo desea2 por una razón, que sería su deseo1 más su convicción de que no hay ninguna otra razón para que prevalezca sobre su deseo1. Los deseos1 no son razones concluyentes, sí lo serían, para el autor, aquellos deseos que además no tienen contraindicaciones morales en la estructura deliberativa del agente. (op. cit. pág. 76).

do con lo valioso desarrolla ciertas capacidades que le permitirían descubrir o reconocer el valor[8]».

Por ende, esta tesis cree llegar a resultados concluyentes: 1) Es posible el conocimiento de los valores o razones externas. 2) Los primeros principios y los juicios morales son enunciados verdaderos. 3) La razón teorética por medio de la percepción o intuición puede acceder al conocimiento moral. 4) Una razón externa verdadera se convierte en una razón interna para obrar[9]. Rawls, refiriéndose al realismo intuicionista, dice que necesita una concepción rala de la persona o del yo, pues necesita un yo cognoscente que conoce las razones externas y ello daría como resultado que éste actúe conforme a ellas. La motivación moral que nos mueve se definiría en relación a deseos que tienen un origen especial: «Un conocimiento intuitivo de los primeros principios o de ciertos hechos morales».

4. El modelo internalista y la crítica al realismo valorativo

La tesis del realismo valorativo es la que desestimo. Asumo el modelo internalista[10], o de razones internas para la acción. Para el modelo internalista, las acciones o estados de cosas poseen ciertas propiedades, pero estas propiedades no portan ningún «valor intrínseco».

Creo estar en lo cierto al afirmar que fue Hume el primero que describió con lucidez lo que ahora denominamos modelo internalista. No me resisto a citarlo por la claridad y elocuencia del ejemplo que vierte en su obra: «Tomad cualquier acción reconocida como viciosa: el asesinato premeditado, por ejemplo. Examinadlo bajo todas las luces y ved si podéis hallar el hecho, o la existencia real, que llamáis vicio. De cualquier modo en lo que toméis, hallaréis sólo ciertas pasiones, motivos, voliciones y pensamientos. No hay ningún otro hecho en esta acción. El vicio se os escapa por completo en tanto consideráis el objeto. Y no podréis encontrarlo hasta que dirijáis vuestra reflexión sobre vuestro propio pecho y halléis un sentimiento de reprobación que surge de vosotros hacia esa acción. He aquí el hecho: pero es objeto de sentimiento no de la razón. Está en vosotros mismos, no en el objeto...»[11]

---

[8] Bayón, J, C. op. cit. pág. 204.

[9] Rawls, John. El liberalismo político, Edit. Crítica Barcelona, 1996. No creo, por otra parte, como Bayón sostiene que si hubiera realmente razones externas éstas se convertirían necesariamente en razones internas.

[10] El modelo internalista es coherente con el escepticismo moral que defiendo en el trabajo.

[11] Tratado sobre la naturaleza humana, la cita es extraída del excelente libro, Hume, de Barry Stroud, pág. 258, UNAM. 1986. En Hume la razón era meramente instrumental. Los deseos eran los motivos de la acción. En este trabajo se admite que las razones son hechos que motivan las acciones.

El modelo intemalista o proyectivista[12] nos propone pensar las razones morales como razones internas. Un agente acepta una razón moral cuando la concibe como dominante sobre los deseos e intereses de cualquiera (incluido él mismo). Las razones morales pueden ser pensadas como razones últimas o jerárquicamente supremas, dentro de una estratificación de preferencias de un sujeto. Desde el punto de vista del agente rigen universalmente[13]. Son razones para actuar que desde su punto de vista tiene cualquiera que satisfaga[14] una cierta descripción genérica, que no incluye nombres propios o descripciones definidas, con independencia de cuales resulten sus deseos o intereses.

Sin embargo, antes de continuar y considerar más a fondo el modelo internalista, seguiré con la crítica al modelo externalista. Este modelo que introduce una pretensión de objetividad, puede ser visto desde una teoría del error: Esta teoría[15] muestra en primer lugar que aunque el realismo o la objetividad de los valores esté incorporado en las concepciones comunes acerca de la moralidad, aun cuando estén muy difundidas y formen parte de las concepciones más profundas de los individuos o de una cultura no se validan a sí mismas y deben ser impugnadas si resultan estar basadas en presupuestos ontológicos rechazables.

Como sostiene J. L. Mackie, el problema del objetivismo o del modelo externalista es ontológico y epistemológico. Recurre a argumentos extraños, nos propone que admitamos la existencia de algún tipo de propiedades o relaciones de una clase verdaderamente extraña distintas a cualquier otra cosa en el universo. Y además nos sugiere o impone que creamos en alguna facultad del conocimiento peculiar y distinta a las que comúnmente reconocemos como científicas, ello, para percibir tales extrañas propiedades llamadas valores. Mackie, nos dice que lo que denomina escepticismo moral es una doctrina negativa no positiva. Ella sostiene que no existen entida-

---

[12] Barry Stroud, interpretando la tesis de Hume, propone como una probable la siguiente: «Expresamos el sentimiento mediante una aseveración, pero no es ésta una aseveración acerca del contenido de nuestra propia mente. Nuestros juicios morales, como nuestros juicios causales, son «proyecciones». op. cit. pág. 26.

[13] Esta jerarquización no supone admitir la unidad de la razón práctica de manera que todas las acciones o decisiones deban estar dominadas por razones morales para estar concluyentemente justificadas. Una versión así nos conduce a la idea de la unidad del razonamiento práctico. El discurso justificatorio jurídico es, a pesar de Nino, un discurso insular que no tiene una conexión necesaria con el discurso moral. En este sentido me aparto de la tesis de Bayón. Si los operadores jurídicos -como los jueces- por razones morales no aplican las normas válidas, fraccionan el discurso jurídico, no han encontrado un nexo conceptual entre el derecho y la moral que sea necesario como pretenden los iusnaturalistas.

[14] Bayón, Juan Carlos, op. cit. pág. 196.

[15] Mackie J. L., op. cit. pág. 40 r.

des o relaciones de ciertas clases, valores objetivos, que mucha gente cree que existen. Por otra parte, el escepticismo moral es una tesis ontológica no es lingüística o conceptual. La teoría externalista para Mackie no constituye un sinsentido, es sencillamente falsa.

El escepticismo moral tan criticado, y poco conocido, no es otra cosa que la tesis que sostiene que desde el punto de vista ontológico y epistemológico la teoría realista es falsa. A esta altura considero que los realistas tienen la carga de la prueba de demostrar la existencia de tales extrañas entidades y cuál es la facultad del conocimiento que facilita el acceso a las mismas y, aún más, por qué el conocimiento, si es posible, de esas extrañas entidades, se incorpora como motivaciones subjetivas para la acción.

El modelo internalista o proyectivista no necesita postular entidades extrañas y modos distintos de percepción. El agente percibe ciertas propiedades naturales ante las cuales adopta determinadas actitudes y proyecta estas actitudes sobre aquellas propiedades de los objetos. Este modelo no tiene una versión unívoca. Si bien todos están de acuerdo que las razones para actuar son razones internas, las que son el conjunto subjetivo de motivaciones, no todos comparten la idea de distinguir, en el análisis de la acción, una diferencia cualitativa entre los deseos (recordemos que las acciones pueden ser explicadas y justificadas como el resultado, para otras consecuencias, de deseos y creencias que nos llevan a actuar).

En el caso de los cultivadores de la teoría de la elección colectiva y de la economía del bienestar predomina el punto de vista que sostiene que entre los distintos deseos o como los denominan en sentido técnico «preferencias», no existen diferencias cualitativas. Existen nada más deseos de distintas cosas. Así en todos los casos se habla de «preferencias reveladas». Por ejemplo Arrow dice: Un individuo prefiere el estado de cosas A al estado de cosas B, si en una situación en la que A y B son opciones excluyentes, realiza o intenta realizar A. Una elección racional presupone además una ordenación de preferencias que son deseos con distintos contenidos y que pueden ser jerarquizadas mediante una escala ordinal[16].

Esta tesis, que muy sucintamente acabo de expresar, plantea serios problemas a los filósofos morales, pues, para ellos, se debería distinguir en el conjunto de preferencias aquéllas que tienen que ver con el interés o bienestar, de aquellas otras que tienen que ver con la aceptación de ciertos valores que suponen, por llamarlo en términos de Sen, un compromiso[17]. Un

[16] La ordenación de las preferencias es una jerarquización que para ser racional requiere que satisfaga tres características: transitividad, reflexividad y completitud. cfr. Sen, A.K. Elección colectiva y bienestar social, Alianza Universidad, 1970.

[17] La renuencia a aceptar esta distinción puede observarse en una cita de Samuelson: «Supongamos que siempre elijo renunciar al pescado los días viernes, aunque me gusta el pesca-

agente ha actuado por compromiso aun cuando sus intereses resultan maximizados, siempre que no haya sido ésa la razón por la que ha actuado. Lo decidido en suma, no es tanto que los intereses del agente resulten afectados, sino que éste pueda responder afirmativamente a la pregunta de si su elección habría sido la misma en el supuesto contrafáctico de que sus intereses resultaran perjudicados.

En mi investigación acepto el segundo criterio expuesto que permite distinguir entre acciones autointeresadas o egoístas y aquéllas que son contrapreferenciales. O, si se quiere, entre razones prudenciales y razones morales que acepta el agente[18].

Así se puede analizar en el conjunto de motivaciones internas del agente una estructura estratificada intrapersonal mediante la noción de preferencias de distinto nivel, o también meta-preferencias. Deseos en el primer nivel, que cuando son motivaciones de la acción funcionan como razones instrumentales. Intereses en el segundo nivel, que funcionan como razones prudenciales, y valores en el tercer nivel metapreferencial que serían las razones morales que acepta el agente como motivaciones de sus acciones. Una preferencia resulta dominada cuando el agente tiene una actitud práctica negativa de nivel superior.

Cuando actuamos simplemente por deseos inmediatos podríamos calificar a nuestra acción como justificada en razones instrumentales, en el caso de que nuestros intereses a largo plazo primen sobre nuestros deseos, o los dominen, justificamos nuestras acciones por razones prudenciales. Las razones prudenciales se identifican con nuestros proyectos globales de vida. (Rawls lo denomina la capacidad de tener una concepción del bien). Finalmente las razones morales son aquéllas que juegan como fundamento último de nuestro accionar, cuando dominan nuestras razones instrumentales o prudenciales. No necesariamente las razones de distinta clase son siempre incompatibles.

Me parece conveniente insistir en que las razones morales, como las prudenciales o instrumentales, lo son desde el punto de vista del agente, es decir, las que él acepta. Lo que llamamos razones morales desde la pers-

---

do, para vivir de acuerdo con determinado código de obligación; o supongamos que siempre entraría en una casa en llamas para rescatar a mi hijo incluso a costa de mi propia vida; o que sacrificaría los futuros placeres de vivir tirándome sobre una bomba que amenaza a mis compañeros de armas. Mientras mis actos encajen en una ordenación bien dispuesta no hay necesidad de tomar en cuenta las distinciones de las que los filósofos morales les gustaría que tomemos nota. Extraída de Bayón J. C. op. cit.

[18] La estratificación de preferencias en distintos niveles es una noción que tomo de J.C. Bayón op. cit, quien sostiene ser deudor de Stephan Korner, Experience and Conduct. (Cambridge: Cambridge University Prees, 1971; o Harry Frankfurt «Freedom of the Will and the Concept of the person, Journal of Philosophy, 68, 1971.

pectiva internalista, son aquellas razones que consideramos que todo el mundo debería respetar sea cual sea su plan de vida y trazan los límites de los planes de vida aceptables. Así me parece que se puede hablar de razones relativas al agente cuando se habla de su interés y razones neutrales al agente cuando se habla de razones morales del agente, aquéllas que justifican la acción o la elección sin que haya una referencia esencial al deseo o interés del agente[19]. Pienso, sin embargo que debe hacerse una distinción entre las razones agencialmente neutrales como el principio de utilidad y los dos principios de la justicia como equidad.

En el caso del utilitarismo, las razones agencialmente relativas de autonomía pueden desplazar al principio agencialmente neutral[20]. Una razón de autonomía permitiría al agente obviar el principio agencialmente neutral de promover la felicidad general. Así se admite entre los autores -Farrell es uno de ellos- que las razones relativas al agente son superiores a las razones neutrales dentro de ciertos límites, aunque los considera no muy precisos. Me parece que esto confirma lo que Rawls sostiene: que el utilitarismo es una doctrina comprehensiva que abarca todos los planos del accionar práctico, y como tal, además, puede ser aplicada para juzgar la justicia o la injusticia de las instituciones de una sociedad.

En el caso de la justicia como equidad, las razones de autonomía no pueden desplazar a los dos principios de justicia. Ellos son agencialmente neutrales y ninguna razón de autonomía podría desplazarlos. La razones agencialmente relativas limitan el cálculo utilitarista, pero ceden invariablemente frente a los dos principios de justicia rawlsianos. Ello parece evidente pues por una parte la justicia como equidad no es una doctrina moral comprehensiva, sólo tiende a legitimar las instituciones de la estructura básica de la sociedad o lo que se denominan las instituciones políticas. La moral personal y la prosecución del bien de los individuos escapa a toda ponderación que se fundamente en los principios de justicia. Si bien es cierto que los deseos y preferencias de las personas encuentran un límite, cual es, no vulnerar los principios que hipotéticamente han alcanzado una aceptabilidad universal.

5. Razones morales y elección de principios de justicia

Entiendo que las razones morales son de difícil acuerdo intersubjetivo[21], en algunos casos son inconmensurables. Por ende, sostengo la tesis de que

---

[19] Esta distinción entre ambos tipos de razones se debe al esclarecimiento que sobre el tema ha efectuado Juan Carlos Bayón en op. cit. pág. 198.

[20] Como sostiene Martín Diego Farrell, el utilitarismo reconoce una sola razón agencialmente neutral: la razón de promover la felicidad general. Métodos de la Ética, pág. 281, Abeledo Perrot, 1994.

[21] No supongo que las razones agencialmente neutrales sean objetivas, ni aun en el sentido que Nagel les atribuye cuando se refiere a que serían objetivas igual que las razones agen-

ningún acuerdo intersubjetivo hipotético o real debería interferir con las razones prudenciales o instrumentales que los agentes pudieran preferir ni incluso con los contenidos morales que cada agente pueda darse a sí mismo[22], salvo las limitaciones que podrían admitirse en los principios de justicia.

¿Qué razones neutrales a los agentes favorecen un consenso unánime?[23].

Considero que el marco de la cooperación social requiere de razones neutrales al agente para proponer principios vinculados a juzgar la distribución de las cargas y beneficios de la cooperación. Si la cooperación social supone tanto identidad de intereses como conflicto de intereses, la distribución de las cargas y ventajas de la cooperación no puede estar librada a criterios arbitrarios, ningún sistema de cooperación resistiría por mucho tiempo la arbitrariedad, salvo que supongamos que los agentes pueden permanecer sometidos inveteradamente a la resignación.

La elección de ciertos principios de justicia distributiva requiere, según mi punto de vista, que los agentes que hayan de elegirlos, pensando en una situación contrafáctica, se manejen con preferencias de orden moral[24] que dominen en ese momento los deseos e intereses personales[25], de ahí la viabilidad de la posición originaria pensada por Rawls[26].

---

cialmente relativas a condición de que puedan ser comprendidas y afirmadas desde fuera del punto de vista del individuo que las tiene.

[22] Las razones morales últimas no son contrastables con ningún criterio objetivo, son del agente, en este sentido si son razones operativas, concluyentes, por supuesto que serán para el agente y nada más que para él, aun cuando satisfagan la condición de toda razón moral de que ella no lo es en el interés del agente.

[23] Las razones neutrales al agente deben considerarse coextensivas con las razones morales. cfr. Bayón op. cit. pág. 198. Pero, además de ello, como lo expresa Thomas Nagel, entre las cosas que llevan al reconocimiento de razones neutrales respecto del agente es un sentimiento de que nadie es más importante que los demás. Más adelante nos dice: «Si ha de admitirse algún valor impersonal, será naturalmente el que se atribuya a la libertad, a las oportunidades generales y a los recursos básicos de la vida...» «Una visión de ningún lugar» pág. 246. F.C.E., 1996.

[24] Me parece conveniente reiterar que la estratificación que acepto, siguiendo a Bayón, tiene alcances limitados a ciertas decisiones vinculadas a la elección colectiva como pueden ser los principios de justicia. Estoy de acuerdo con María Cristina Redondo que esta tesis, que le atribuye a Bayón, tiene un sentido subjetivo y normativo. Por supuesto, no comparto la tesis de la unidad del razonamiento práctico en la justificación judicial, como parece admitirlo Bayón. (cfr. La Noción de Razón para la Acción en el Análisis Jurídico, CEC, de la autora citada, pág. 240).

[25] Aquí me parece necesario introducir una matización en las preferencias morales. El altruismo es una metapreferencia moral; un deseo de orden superior por el cual el agente está dispuesto a renunciar a su interés en aras del interés del otro. Sin embargo, cuando se intenta la elección de principios de justicia para que el resultado y las cargas de la cooperación social se distribuyan equitativamente, no puede pensarse que los agentes no consideren su propio interés aunque no conozcan cual será su posición en la sociedad. Principios que consultan el interés general que no contienen nombres propios ni descripciones definidas y que sean universa-

Éste no es el único camino sostenido entre los teóricos del neocontractualismo, para algunos la moralidad puede ser una extensión de la racionalidad prudencial en contextos de interacción estratégica. Con esto se quiere sostener que pueden existir razones de auto-interés para aceptar restricciones del propio interés. Obtendrían así los maximizadores restringidos resultados óptimos de Pareto, lo que no sería el caso si siguieran sus motivaciones de maximizadores irrestrictos. Este proyecto, ampliamente desarrollado por Gauthier, consiste en derivar la moralidad del cálculo de agentes puramente autointeresados, no del agente que ya de entrada renuncia a maximizar su utilidad individual en atención a determinadas condiciones como, por ejemplo, a ciertos intereses básicos de los demás o a consideraciones de imparcialidad[27].

Esta tesis contiene varios defectos, enuncio algunos: 1) Es indiferente al punto de partida. 2) Sólo toma el requisito de Locke, que no exige «deberes positivos». Quien siempre se abstiene de actuar no viola el requisito de Locke. 3) ¿Cómo se garantiza el cumplimiento de este acuerdo cuando la racionalidad como maximización de la utilidad aconseja en cada momento a cada parte beneficiarse de la actitud cooperativa de los demás sin cumplir el acuerdo?[28].

La elección de principios de justicia en orden a la distribución en un sistema de cooperación social, debe atender al punto de partida, no puede ser indiferente cuál es la posición inicial de las partes. No es suficiente el requisito lockeano, que sólo se remite a la estipulación de no empeorar a terceros[29]. La racionalidad prudencial no garantiza la elección de principios de

---

les constituyen razones agencialmente neutrales. Los principios de justicia pueden ser considerados como razones morales con la matización aludida. Así la noción de reciprocidad que introduce Rawls se compadece con lo expuesto.

[26] En «El Liberalismo Político» nos dice: «Corrijo aquí una observación de la Teoría, p. 16 en donde se dice que la teoría de la justicia es una parte de la teoría de la decisión racional. Por lo que acabamos de decir, esto es sencillamente falso. Lo que debería haberse dicho es que la descripción de las partes, y de su razonamiento, usa la teoría de la decisión racional, pero solo de una manera intuitiva...» pág. 83, nota 7.

Antes en la misma página sostiene: «Agentes meramente razonables carecerían de fines propios a cuya promoción sirviera la cooperación social; agentes meramente racionales carecerían de sentido de justicia y no conseguirían reconocer la validez independiente de las exigencias ajenas...».

[27] El maximizador restringido, de Gauthier, es moral porque así lo aconseja la racionalidad económica. Es el punto de vista que rechaza Rawls cuando nos señala que lo razonable no se deriva de lo racional. Esto requiere un conjunto de motivaciones subjetivas en el agente más abierto que el propuesto por Hume. Así podría hablarse como lo hace Rawls de deseos de orden superior dependientes de principios y de concepciones.

[28] Juan Carlos Bayón, op. cit. pág. 173 y ss.

[29] «No empeorar a los otros» es una fórmula que se desprende de la estipulación de Locke que justifica la apropiación de tierras siempre que quede lo suficiente y bueno para los demás. Nozick, ha tratado de justificar el derecho de propiedad sobre esta fórmula, para ello de-

justicia equitativos. El procedimiento de negociación estratégica es inconsistente para la elección de principios de justicia. En todo caso se arribará a un acuerdo que es calificado como el «equilibrio de Nash[30]».

La distinción entre lo razonable y lo racional, sugerencia del último Rawls, se condice con las nociones de preferencias de distinto nivel que he explicitado en el curso de esta exposición. Me parece, en este sentido, que estoy expresando lo que Rawls aduce como explicitación de sus propios conceptos de lo racional y razonable: «Sabiendo que la gente es razonable cuando los demás están implicados, sabemos que están dispuestos a gobernar su conducta de acuerdo con un principio según el cual ellos y los demás pueden razonar en común; y la gente razonable tiene en cuenta las consecuencias de su acción sobre el bienestar de los demás. La disposición a ser razonable no se deriva ni de ser racional ni se opone a ello, pero es incompatible con el egoísmo, pues va ligada a actuar moralmente[31].»

O como dice Scanlon sobre la motivación moral: «Tenemos un deseo básico de ser capaces de justificar nuestras acciones ante los demás con razones que ellos no pueden rechazar razonablemente. Como vemos lo razonable no se deriva de lo racional. Los agentes meramente racionales, que se manejan por razones prudenciales, nunca estarán dispuestos a reconocer las exigencias válidas e independientes de los otros. La P. O. con el velo de la ignorancia, instala por un momento el predominio de lo razonable sobre lo racional, creo que es la única forma de concebir principios de justicia

---

bió debilitar el requisito lockeano. Creo que puede demostrarse que si la propiedad fue común desde un principio, como al menos lo sostenía Locke, aquéllos que se ven despojados de parte de su propiedad común tendrían un derecho de veto contra tal apropiación, aun cuando se demostrara que no empeoraron luego de la apropiación, porque han obtenido un beneficio neto.

[30] La solución de Nash conduce a un resultado considerado mutuamente ventajoso. Las partes en la negociación no están en una situación de igualdad y ello empece a que la misma culmine en un resultado equitativo. Si un rico y un pobre deben repartirse $100, con la condición que si no se ponen de acuerdo pierden la suma a repartirse. El cálculo de Nash atendiendo a la utilidad que representa el dinero para cada una de las partes y teniendo en cuenta el producto de las utilidades individuales lleva a la negociación estratégica: si ambos actúan racionalmente, a un resultado que arroja $70 para el rico y $30 para el pobre. Intuitivamente rechazamos que la negociación estratégica pueda ser un procedimiento adecuado para elegir principios de justicia. Me parece que aquí podemos ver el motivo de la diferencia que hace Rawls entre ventaja mutua y reciprocidad.

[31] John Rawls, op. cit. pág. 79 n.1. Actuar moralmente cuando de principios de justicia se habla se refiere a la reciprocidad, excluye la ventaja mutua, y está más acá del altruismo. De ahí que deba matizarse dentro de las meta-preferencias morales aquéllas en que, como en el altruismo (imparcialidad), el interés del agente es cedido y la reciprocidad que consulta los intereses de todos incluso los del agente pero que no incluye descripciones definidas o nombres propios. La noción de generalidad elimina el egoísmo. El conjunto subjetivo de motivaciones del agente incluye los principios de lo razonable y de lo racional. Aunque en la P.O. los primeros se suponen que condicionan desde afuera como restricciones formales.

distributiva equitativos. Quizás sea esclarecedor mostrar que el agente meramente racional, como decía Kant, es un agente que comprende el significado de una actitud moral, pero no está motivado por ese tipo de preferencias, en realidad, para ese agente, todo contenido moral no es más que una idea curiosa.

Un aspecto que finalmente puede quedar abierto como una pregunta es el siguiente: ¿el acuerdo unánime alcanzado en la posición originaria sobre los principios de justicia supone la objetividad de los mismos? ¿Ello va en contra del modelo internalista aceptado?.

Rawls admite una objetividad con propósitos exclusivamente políticos y entiende que cuando «somos capaces de llegar a un acuerdo en el juicio; o si descubrimos que, aún no llegando a un acuerdo somos capaces de reducir nuestras diferencias lo suficiente como para garantizar unas relaciones entre nosotros manifiestamente justas o equitativas, honorables o decorosas; entonces eso robustece nuestra convicción de que hay razones objetivas[32].

Entiendo que esta postura -algunos podrían considerarla cuasi-realista[33]- no refuta el escepticismo valorativo antes expuesto. En ella no se habla de verdades morales o normativas ni de entidades extrañas a las que reconocemos como parte de la fábrica del mundo[34]. Me parece posible interpretar que si los principios de justicia se pueden pensar en función de argumentos que introducen la noción de reciprocidad, ello contribuye a cancelar nuestras razones internas previas. Podemos modificar nuestro conjunto subjetivo de razones pensando en un ajuste acorde con el proceso de equilibrio reflexivo. Lo que no significa que las razones morales resultado del acuerdo -princi-

---

[32] John Rawls op. cit. pág. 151.

[33] Tesis sostenida por Simon Blackburn, que afirma que el cuasi-realismo supone que el discurso moral se limita a aquél que se emite desde un punto de vista y por aquéllos que lo suscriben verdaderamente. Al parecer, sería lo que actualmente Dworkin admite en un trabajo reciente, según la crítica que le efectúa el propio Blackburn (9611Black.HTM). El trabajo de Dworkin se titula: «Objectivity and Truth: You'd Better Believe it» Phylosophy & Public Affairs Vol. 25, Spring 1996, pp. 87-139.

[34] Thomas Nagel adopta el criterio objetivista, no en el sentido platónico, nos dice, pero admite la objetividad valorativa que supone ver nuestra vida desde afuera. El juicio objetivo señala un valor impersonal o neutral respecto del agente. El autor referido admite verdades normativas en un tono que parece confuso. Creo que no es necesario para admitir la existencia de razones justificativas aludir al criterio de verdad. Pareciera que para Nagel el otro cuerno del dilema, si no se admite la verdad normativa aún en el sentido débil que propone, es que las razones son desde un punto de vista interno ilusorias, ya que desde la visión externa se pueden explicar reduciéndolas a hechos psicológicas. Una buena teoría causal haría evidente tales ilusiones subjetivas. Me parece que le asiste la razón a Rawls cuando sostiene que la línea divisoria en torno a las razones que separa a Hume y a Kant se diluye cuando se aceptan como parte del conjunto subjetivo de motivaciones a los deseos dependientes de una concepción. Los que dependen de una concepción de lo bueno participarían de una visión teleológica, aquéllos que sustentan su concepción en lo correcto estarían adoptando un punto de vista deontológico.

pios de justicia- sean intrínsecamente orientadoras de nuestra acción. Nos motivarán internamente en tanto aceptemos que están justificadas[35].

[35] La objetividad que nos propone Rawls limitada a fines políticos debe ser puesta en duda. ¿Quiénes aceptan una concepción teleológica, por caso la utilitarista, serían menos objetivos que aquéllos que aceptan concepciones deontológicas?. No tenemos un parámetro para contrastar tal objetividad. El equilibrio reflexivo es un procedimiento adecuado para quien está dispuesto a juzgar imparcialmente sus propias convicciones morales y tiene como resultado la modificación o no de las motivaciones subjetivas.

COMPLEJIDAD Y DERECHO

Carlos María Cárcova
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

1. La noción de «complejidad»

Se sostiene con frecuencia que los problemas de la complejidad social conciernen a las sociedades del capitalismo maduro. Sin embargo, el fenómeno es también observable en las nuestras, aun cuando no hayan alcanzado aquel estadio de madurez, porque ellas exhiben una realidad singular, en la que conviven tradicionalismo y post modernidad; miseria y consumismo; relaciones productivas pre-capitalistas y desarrollos económico-tecnológicos de punta; analfabetismo y sofisticación intelectual, en una caleidoscópica mixtura, que se constituye, a su vez, en dato peculiar de nuestra propia complejidad.

Este concepto, el de «complejidad», ha sido particularmente estudiado en el campo de la cibernética, de la inteligencia artificial y de la teoría de sistemas en general y aplicado a los sistemas sociales, por autores con preocupaciones muy diversas[1]. No siempre con el mismo sentido, ni con gran precisión. De todas formas, es posible afirmar sin mayor hesitación que los fenómenos de aceleración histórica, asociados a los descubrimientos científicos y tecnológicos de las últimas décadas, han ensanchado de un modo excepcional el universo de elecciones posibles en el campo de la interacción humana. Como recuerda Raymond Aron, para llegar a Roma desde París, Napoleón empleó, prácticamente, el mismo tiempo que había empleado César; y un miembro de la burguesía francesa de la época de Luis XIV disfrutaba de los mismos recuerdos que un romano de la clase alta. Luego, las diferencias se hicieron, súbitamente, enormes[2].

Tenemos ante nuestra vista algunos niveles de nuestra complejidad epocal: aumento de la productividad del capital y correlativo aumento de la desocupa-

---

[1] En Zolo, Danilo. *«Democracia y complejidad. Un enfoque realista»*. Nueva visión. Bs. As. 1994, puede consultarse una extensa bibliografía (pág. 231 y ss.)

[2] R. Aron. *«Dix-huit leçons sur la société industrielle»,* París, Gallimard, 1962. En Zolo, D. op. cit. pág. 34.

ción, con sus deletéreos efectos sociales; densificación e incremento de la interacción social con su correlativa proliferación de códigos y multiplicidades culturales; disponibilidad del mundo a partir del conocer y monopolio del conocimiento, etc. Pero, muchos otros registros podrían, también, hablarnos de ella. Sin ir más lejos, los cambios producidos en la relación entre cultura y máquinas inteligentes. Hasta hace muy poco tiempo atrás, el mundo de las redes y los hipertextos parecían cuestión de ciencia ficción. Hoy los dispositivos multimedia, el acceso a Internet, los grupos de usuarios, los correos y diarios electrónicos, forman parte de nuestra cotidianidad. Ello comporta nuevos problemas que son, también, de naturaleza política y jurídica, vg.: el uso de la red para la divulgación de las ideas racistas de grupos nazis o filonazis o la proliferación por su intermedio de pornografía. Pero, del mismo modo, se encontrarán allí otros mensajes: Zaire o Chiapas, género y diversidad, identidad y saber, produciendo inéditas solidaridades y construyendo universos simbólicos alternativos, no por virtuales, menos eficaces.

¿Qué supondrá, para el destino próximo de nuestras sociedades, el aumento casi desmesurado de nuestras posibilidades comunicacionales, en un mundo en el que, como se ha dicho, se cruzan la sofisticación tecnocultural con la crucialidad de la miseria y la exclusión? ¿Generará el hiperdesarrollo tecnológico modificaciones significativas en el modo de aprehensión de la realidad, en el universo de valores o en las relaciones afectivas?

Por de pronto, no puede ignorarse que ese hiperdesarrollo está firmemente articulado con las estructuras de poder del mundo contemporáneo, que son las del capital financiero. Sin embargo, paradójicamente, no es la Internet lo más parecido a esa especie de desideratum democrático, que Habermas ha llamado «espacio público de comunicación». Al menos hasta hoy, se trata de un espacio descentrado, no monopolizado, multiforme y anárquico, con todo lo que esto tiene de amenaza y de posibilidad. *«En algún lugar hay que poner el dato* -dice, en este sentido, Aníbal Ford- *de que el chico de la villa o la favela, que juega con un "video game", está recibiendo la tecnología de rezago de las investigaciones de la NASA. Ésta fue la que desarrolló los "software" de simulación para el aprendizaje, que hoy permiten u obligan a un chico semianalfabeto de un barrio pobre, a luchar como karateca en el Bronx, mientras el cartelito, irónicamente, le dice «Take the law in your hands». O entrar en realidades virtuales que nunca podrán disimular sus carencias materiales».*

«Sea como fuere -concluye- *el aporte de las nuevas tecnologías a las formas en que se desarrollan y constituyen el conocimiento y el intercambio humanos, es una realidad insoslayable. Los monstruos ya están sueltos. Y configuran problemas inéditos. Ni la relación hombre/máquina tiene la fi-*

gura de Frankenstein o su versión Barbie (la Mujer Biónica), ni el poder, que es cada vez más duro e implacable, tiene la forma del Big Brother o del Panóptico. Es menos visible, más inteligente y no tiene centros fijos. Pero no por eso deja de actuar, de privilegiar y excluir. Y esto no es un simulacro, aunque las relaciones entre lo factual y lo simbólico, deban ser repensadas». (1995, 16 y ss.)

Desarrollo tecnológico que habilita otras formas de la comunicación humana; comunicación que acelera y transforma los flujos, produciendo impacto en las percepciones y en los procesos cognitivos; circulación del *poder* y del control; riesgo y posibilidad, he aquí otras dimensiones de la complejidad en la que estamos inmersos y que supone desafíos de muy diversa índole, entre otros, desafíos para las estructuras institucionales conocidas y las formas tradicionales de regulación de las relaciones sociales; desafíos, consiguientemente, para la teoría y los teóricos del derecho. Desafíos, por último, para la comprensión de tan sofisticados procesos y de las formas de legalidad que a ellos corresponden, que se toman, por razones estructurales, progresivamente más opacas.

En lo que sigue, presentaremos una visión menos impresionista y considerablemente más abstracta de la complejidad. La que ha desarrollado, desde una perspectiva sistémica y autopoiética, Niklas Luhmann. Nos parece de interés hacerlo, porque sus muy elaborados puntos de vista no han sido aún suficientemente divulgados en nuestro medio y porque, cualquiera sea el juicio de valor que ellos nos merezcan, resultan portadores de muy considerable fuerza innovativa y no menos considerable fundamentación. En el parágrafo siguiente, nos referiremos al concepto de «complejidad» en general, como categoría fundamental de una teoría de la sociedad; en el sucesivo y último, a la relación del mismo con el derecho.

2. Complejidad sistémica

Para poder hacer referencia, a la vez sintética e inteligible, de esta noción, será preciso comenzar por algunos de los presupuestos de la teoría luhmanniana. Como punto de partida, una constatación: el mundo es de tal manera infinito que, por serlo, resulta inabarcable, o mejor, inobservable. Tal infinitud es cortada, sin embargo, por una línea divisoria; de un lado se encuentra el sistema, del otro su entorno. Con estas nociones de «sistema» y «entorno» (o ambiente), Luhmann desplaza las de «unidad» y «partes» (componentes de esa unidad), que corresponden a una visión clásica, pero que han exhibido ya su insuficiencia, entre otras cosas, porque no dan cuenta de sus propios entornos.

Existen diversos sistemas, según el objeto de análisis que les sea propio y, aunque sólo el observador puede distinguir entre sistema y entorno, él no

puede, en cambio, decidir acerca de qué sea sistema. Sólo el sistema, a través de sus propias operaciones, se constituye como sistema, enlazando operaciones propias con operaciones propias y, de ese modo, autorreproduciéndose. Aparece así, una primera situación paradojal, porque lo que llamamos sistema, no es más que la diferencia entre sistema y entorno, esto es, la capacidad del sistema de definir sus propios límites; lo que transforma al mismo, en parte de su propia distinción. Siendo las cosas de este modo, argumenta el autor, «... *se anulan las posibilidades descriptivas de la lógica clásica bivalente y la teoría del conocimiento que la sustenta. Al igual que en la cosmología de Einstein (movimiento y aceleración), la observación del mundo con ayuda de la distinción entre sistema y entorno, depende de la ubicación del observador»* (1991, p. 16).

Si el observador observa en el mundo sistemas que se reproducen a sí mismos, está obligado a considerarse como uno de ellos, pues, de lo contrario, no podría observar su propia observación. Por esta vía, la teoría de sistemas se universaliza, volviéndose una teoría del mundo que se incluye a ella misma y obligándose a concebir todo, como sistema o como entorno. Luhmann sostiene que la sociología tradicional, incluida la de Parsons, sobre la que él mismo se ha apoyado, no pudo formular desarrollos de este tipo por carecer de un aparato teórico adecuado. Sin embargo, una epistemología del tipo de la que propone, no sería vista como extraordinaria por las ciencias sociales si consultara a físicos como Heinz von Foerster, a biólogos como Humberto Maturana o a psicólogos como Jean Piaget. Y, respecto de quienes critican la posibilidad de hacer extensivos por analogía, conceptos de otras disciplinas tales como los de «reproducción autopoiética», «clausura operativa» o «evolución», el autor les recuerda su radical relativismo sistémico pero, al mismo tiempo, les recuerda también que la noción de «proceso» fue descubierta primero en la jurisprudencia y luego aplicada a la química.

Para no fracasar, la teoría de los sistemas sociales debe transformarse de teoría de la acción en teoría de la comunicación, pero no como acción de comunicar o como transferencia de un sistema a otro. Tanto la teoría de la acción como la de la acción de comunicar, remiten a seres vivientes como conciencia, en la tradición iluminista que llega hasta nuestros días, justamente como «filosofía de la conciencia». Luhmann visualiza esta posición como teóricamente superada; corresponde a lo que denomina pensamiento «véteroeuropeo» o «paleoeuropeo», advirtiendo que la realidad social es un estado de cosas ya constituido y que la comunicación de que se trata, es la que establece cada sistema con su entorno, precisamente para resolver o atenuar la complejidad del entorno. La sociedad se describe, así, como un sistema recíproco de comunicaciones con sentido. A su vez, el entorno de

la sociedad está constituido por todos los aspectos a los que la comunicación se refiere, lo cual implica la posibilidad de incluir otros sistemas (no sociales, sino psíquicos, físicos, biológicos, etc.). Los seres humanos resultarán, de este modo, descriptos como parte del entorno de la sociedad; no cabe, por tanto, decir que la sociedad esté «compuesta» de seres humanos (como pretendían los clásicos) ni de acciones o funciones (según la tradición que va de Weber a Parsons) ya que en realidad está, efectivamente, compuesta de comunicaciones. Con todo, no se trata de que el hombre, el ser humano, pierda relevancia en su teoría ni que se diluya como ambiente o entorno de un sistema, sino que lo que cambia en la teoría sistémica, es la situación jerárquica en que resulta ubicado, por comparación con las teorías tradicionales. Éstas, lo trataban como *sujeto* sin hacerse cargo de que proveían una categoría ambigua y nebulosa, exenta de referencias empíricas, a las que el hombre de carne y hueso era difícilmente reductible. La teoría de sistemas y la distinción entre sistema y entorno, permiten una respuesta a la pregunta acerca de «qué pasa con el hombre», pero ella no es la única posible[3]. *«Sin embargo* -agrega Luhmann- *la situación actual de la ciencia favorece de manera considerable el intento de la teoría de sistemas, sobre todo por la gran cantidad de trabajos preliminares que pueden ser aprovechados. Comparada con este rico acerbo en conceptualizaciones, la teoría clásica de la acción da la impresión, por un lado, de simplicidad y, por otro, cuando se alía a los complicados modelos del* rational choice, *produce el efecto de un teatro de títeres en lugar de una teoría con pretensiones explicativas»* (op. cit. p. 18).

La idea del sistema que nuestro autor desarrolla, modifica, según ya se ha insinuado, la que proviene de las elaboraciones de Bertanlanffy, quien la refería a un conjunto de elementos que mantienen determinadas relaciones entre sí y que pueden distinguirse de su ambiente. Según lo indicado, Luhmann, al percibir que la noción de sistema se contiene a sí misma, introduce el dato de la autoproducción o autopoiesis y el dato de la autorreferencialidad. Esa noción se completa con las de «observación» y «diferencia». Una observación, será siempre una operación consistente en definir un determinado esquema de diferencias. La observación sólo es posible, en otros términos, desde un determinado esquema de diferencias. Al observar, se elige uno de los aspectos que componen la diferencia y se describe cuanto se

[3] El concepto de «sujeto» de sustrato antropológico, se convierte en sistema autorreferente basado en la conciencia y en el lenguaje, lo que plantea importantes novedades teóricas. (Cfr. Ignacio Izuzquiza, *«La sociedad sin hombres. N. Luhmann o la teoría como escándalo»,* Anthropos, Barcelona, 1990. Para una muy interesante conceptualización de la crítica del autor a las concepciones «humanistas» puede verse *«Individuo, individualidad, individualismo».* en Zona Abierta nº 70/71, año 1995, pag. 53 y ss.

ve desde ese aspecto. Por ejemplo, en el «Prefacio a la Crítica de la Economía Política», Marx decía que la «población» no podía verse con los ojos de la cara; que si uno quería «ver» la población, debía distinguir las distintas clases sociales de las que estaba compuesta, lo que conduciría a nuevas diferenciaciones como las de capital, trabajo, salario, plusvalor, etc. A partir de la articulación congruente de esas distinciones, sería entonces posible volver a la población y percibirla como «totalidad concreta».

La observación es una actividad fundamental de los sistemas autorreferentes, mediante la cual ellos se observan a sí mismos y observan su entorno, para intervenir con procesos que establecen selecciones de las diferencias. Tales sistemas autorreferentes pueden ser de tres tipos: sistemas vivos, sistemas psíquicos (o personales) y sistemas sociales. Cada uno se caracteriza por su propia operación autopoiética. Así, la vida y las operaciones vitales son propias de los primeros; la conciencia, es propia de los segundos; y la comunicación, es el rasgo característico de los sistemas sociales. La sociedad, objeto del estudio luhmanniano, es concebida, entonces, como un sistema autorreferente y autopoiético que se compone de comunicaciones. Su evolución se produce temporalmente, a través de un proceso constante de diferenciaciones que van creando subsistemas, tales como el derecho, la economía, la política, la religión, la educación, etc. Las relaciones entre ellos se regulan de forma autónoma (aunque no de forma independiente), por cada subsistema. Por ello, el sistema jurídico no es independiente de otros subsistemas pero tiene una gran capacidad de reformular en sus propios términos conflictos que aparecen en otros subsistemas. Por ejemplo, retraduce conflictos de tipo económico en términos legales, y los regula ulteriormente según un criterio de naturaleza jurídica. A su vez, el subsistema económico reconstruye internamente acciones legales en sus propios términos. Este fenómeno marca una nueva situación paradojal: la apertura de cada subsistema, su percepción del entorno, se funda en su clausura, es decir, en la autonomía de sus operaciones internas. Ellos se constituyen en la medida de su clausura, es decir, de su diferenciación del entorno, al que, sin embargo, se abren, mediante prestaciones selectivas dirigidas a resolver la complejidad creciente del entorno. En esta tarea, los subsistemas especializan el ámbito de sus comunicaciones y de sus selecciones de un modo tal, que cada uno de ellos resuelve una parte definida de la complejidad del ambiente. Esa resolución, es imprescindible a los efectos de suprimir o paliar un riesgo, que es propio de la evolución temporal de la sociedad, que es el riesgo de la entropía. Luhmann, explica esa evolución como un tránsito de sociedades elementales a sociedades altamente diferenciadas, que especializan sus ámbitos de selección y son enormemente complejas, a la manera de nuestras sociedades actuales. Las operaciones autorreferentes de los sis-

temas no pueden sino apoyarse sobre anteriores operaciones de la misma naturaleza. Por ejemplo, las decisiones políticas, en tanto elementos del sistema político, sólo son posibles sobre la base de decisiones políticas anteriores y son consideradas tales, en relación con una red de decisiones del mismo tipo, que se diferencian de las religiosas, económicas, etc. De este modo, el sistema social reduce complejidad, pero en forma contingente, al seleccionar sólo algunas de una multiplicidad de alternativas «funcionalmente equivalentes». Lo que, por otro lado, explica que sociedades semejantes se den para sí soluciones distintas y tengan, por ello, evoluciones notoriamente diferenciadas. La idea de autonomía de cada subsistema social implica, además, que no existe entre ellos relaciones «jerárquicas», no existe centralidad de uno respecto de los otros. Todos son igualmente imprescindibles, porque realizan alguna actividad que resulta crucial para el conjunto, pero sin que se establezcan supremacías. Esa actividad está orientada, tal como se ha reiterado ya, a reducir complejidad.

La complejidad consistirá, entonces, en la forma en que se relacionan los elementos de un sistema. Cuando la cantidad de los mismos aumenta, ya no es posible relacionar cada uno de los elementos, en el mismo momento, con cada uno de los otros, generando así una situación de *complejidad*. Con su prosa habitualmente críptica, Luhmann sostiene: *«Complejidad en el sentido mencionado, significa coacción de la selección. Coacción de la selección significa contingencia, y contingencia significa riesgo. Cualquier estado complejo de cosas se basa en una selección de las relaciones entre los elementos, los cuales, a la vez, son utilizados para constituirse y conservarse. La selección sitúa y cualifica los elementos, aunque para éstos fueran posibles otras formas de relación. Designamos este «ser posible también de otro modo» mediante un término cargado de tradición, que es el de contingencia. La contingencia advierte sobre la posibilidad de error aun en la mejor posibilidad relacional de los elementos»* (1991, 47) [hemos introducido correcciones menores en la construcción sintáctica del párrafo, según resulta de la traducción correspondiente a la edición citada, porque, en nuestra opinión, ayudan a la comprensión del mismo][4].

[4] Como el propio Luhmann admite en el prefacio a la traducción española, su texto es difícil. Sin embargo, para quienes no manejamos el idioma del autor, sobrevive la duda respecto de qué parte de responsabilidad cabe atribuirle a él mismo y qué parte concierne a sus traductores. Un buen ejemplo de ello puede encontrarse en la comparación de la traducción que realizan del primer capítulo de *«Sistemas Sociales»* Santiago López Petit y Dorothee Schmitz, para la monografía dedicada a Luhmann, con prólogo de I. Izuzquiza, que Paidos editara en 1990, con la traducción de la obra completa, que realizaran S. Pappe y B. Erker, bajo coordinación de Javier Torres Nafarrate, para la edición de Universidad Iberoamericana-Alianza Edit., México, 1991. De esa comparación, surgen insólitas diferencias entre ambas versiones.

Una definición más «amigable» del concepto de complejidad, es propuesta en el glosario que el propio Luhmann elaboró para su obra *«Ökologische Kommunikation»* y que fuera traducido por Verónica Muñoz Dardé (1995, 17), en los siguientes términos: *«Un hecho es complejo si consiste en tantos elementos que éstos pueden estar en relación recíproca, sólo en forma selectiva. Tanto en el plano operativo como para la selección, la complejidad presupone siempre un proceso de reducción que fija un modelo de selección de las relaciones, excluyendo temporalmente otras posibilidades de conexión de elementos como meras posibilidades potenciales».*

La complejidad ayuda a percibir la diferencia entre sistema y entorno, porque para cualquier sistema el entorno resulta más complejo. A los sistemas les falta la «variabilidad requerida» necesaria para poder acompañar cualquier modificación del entorno. En otros términos, no hay coincidencia entre sistema y entorno.

Ahora bien, como dice D. Zolo, cuanto más amplio es el número de las posibles elecciones y más elevado el de las variables que los agentes deben tener en cuenta, en sus intentos de resolver problemas de conocimiento, adaptación y organización, más compleja se vuelve su situación en el medio (1994, p. 17). A su vez, el medio ambiente o entorno aumenta en complejidad cuanto más interdependientes se tornan sus variables. Ello demanda, entonces, una mayor información para disponer y controlar ese entorno. A este esquema de complejidad en aumento, se suman otros dos elementos, coadyuvantes al mismo fin: por una parte, la denominada inestabilidad o turbulencia del ambiente, que introduce en el campo de la ciencia las cuestiones de la imprevisibilidad, el caos, la catástrofe, etc.[5]; y por la otra, el estado de circularidad cognitiva alcanzado por los agentes al registrar la complejidad del medio. Ello les permite advertir que no pueden captarlo objetivamente, sin incluir la distorsión que su propia presencia cognitiva produce. Se genera así, lo que Zolo ha llamado complejidad epistemológica y para la que ha propuesto una «epistemología reflexiva»[6].

En conclusión, en el análisis sistémico, el mundo ofrece al observador una cantidad prácticamente ilimitada de posibilidades de experiencia y de acción, a la cual corresponde, en cambio, una capacidad muy reducida de percibir, elaborar información y actuar. La «complejidad» no es más que

---

[5] v. en ese sentido, las nociones de «orden a través del ruido» de H. Atlan («Entre el cristal y el humo») o de «estructuras disipativas» de I. Prigogine («La Nueva Alianza»). También v. George Balandier, *«El Desorden-La teoría del caos y las ciencias sociales»,* Gedisa, Barcelona, 1989.

[6] No se trata, en realidad, de una novedad epistemológica. Entre otros autores el tema ha sido tratado por Lucien Goldmann en *«Las Ciencias Humanas y la Filosofía»,* Ed. Nva. Visión, BsAs., 1972, p. 21 y ss.

«exceso de las posibilidades del mundo». Es en tal sentido, como se indicó más arriba, que la complejidad implica necesidad de selección. A través de la selección se alcanza la estabilidad del sistema. Los sistemas reducen la complejidad del ambiente, seleccionando las opciones necesarias para sus fines, pero al hacerlo, transforman la complejidad externa en complejidad interna, produciendo una nueva situación de naturaleza paradojal. El ciclo así descrito, es un círculo virtuoso en el sentido de que implica un aumento permanente de la complejidad de los sistemas (Cfr. N. Luhmann, 1991). El círculo vicioso es, en cambio, el que no aumenta la complejidad. Deberá tenerse aquí en cuenta que, para nuestro autor, sólo el adecuado nivel de complejidad de un sistema social opera como garantía de la justicia. La justicia es una consecuencia del adecuado nivel de complejidad de un determinado sistema social[7].

Permítasenos intentar, en el desarrollo del próximo parágrafo, hacer inteligible esta final observación.

3. Derecho y complejidad

Luhmann es notoriamente reacio a descender del nivel de alta abstracción de sus formulaciones. Sin embargo, en su *«Rechtssoziologie»* (1983) sugiere como ejemplo del aumento creciente de la complejidad de un sistema, aunque no lo desarrolle, el implicado en la evolución y progresiva diferenciación del derecho occidental.

Como es sabido, los romanos abarcaban jurídicamente el conjunto de las relaciones sociales de su época, a través de la distinción entre el jus quiritario (derecho de la ciudad) y el jus gentium (derecho de gentes/extranjeros); al proceso histórico de diferenciación funcional, fue correspondiendo también un proceso de diferenciación y progresiva automatización del derecho: el derecho civil, del cual se desprenden el derecho mercantil y más tarde, el de la navegación, el laboral, aeronáutico, minero, fiscal, etc. Cada campo de especialización, permite abarcar nuevas relaciones y, con ello, seleccionar opciones y reducir la complejidad del ambiente, a costa de aumentar la propia complejidad de ese campo, al incrementar su información interna, generar estándares interpretativos ad-hoc, etc.

Piénsese en los desafíos que a la estructura actual de los sistemas de decisión jurídica, plantean las innovaciones científicas y tecnológicas con la

[7] En Edgar Morin puede encontrarse una idea bastante próxima. El abandono del círculo vicioso y su reemplazo por la circularidad virtuosa, es la condición para la generación de un pensamiento complejo. La circularidad abre la posibilidad de un método que permite la interacción de los términos que remiten los unos a los otros productivamente, a través de procesos y cambios de un conocimiento complejo que comporta su propia reflexividad. v. *«La Methode»,* vol. I, Seuil, París, 1977, p. 19.

aparición de cuestiones como los delitos ambientales, los ilícitos informáticos, la regulación de la telemática, la robótica, la fecundación «in vitro», la bio-tecnología en general, etc. Cada uno de estos campos, de estos elementos del subsistema jurídico se especializa, en un proceso que es constante y que permite controlar la diferenciación producida en el entorno, es decir en el universo de las relaciones humanas, también ellas, constantemente diversificadas.

Para Luhmann, ese control se hace efectivo a través del derecho moderno positivado, mediante la «generalización congruente de expectativas». Tanto más eficaz será el subsistema jurídico, cuanto mayor sea el grado de su diferenciación interna. Sin embargo, tal proceso de diferenciación que supone un correlativo aumento de la complejidad, debe tener un límite que impida su autodestrucción, como consecuencia de la sobrecarga de prestaciones contradictorias requeridas por los otros subsistemas. **Ese límite es el que nuestro autor vincula con la idea de «justicia».** Ella no remite ya a un criterio ético, sino a un criterio de «consistencia» del sistema en relación con las decisiones que provee. El sistema no provee decisiones consistentes, cuando violenta el principio de igualdad, es decir, cuando por cualquier operación propia, precluye la posibilidad ulterior de decidir, del mismo modo como ya ha decidido antes, un caso de naturaleza similar.

Ciertamente, la cuestión que se plantea pasa a ser la de definir cuándo un caso es igual a otro. Es en este aspecto, en el que la ciencia del derecho, la Dogmática Jurídica, cumple un papel sobresaliente, al elaborar conceptos y clasificaciones que facilitan el trabajo del operador jurídico, investido de la función de decidir. Así considerada, la Dogmática aparece como lo opuesto de la Justicia. Mientras ésta expresa la unidad del sistema, aquella refleja su complejidad. Dice Pilar Giménez Alcover: *«El sistema jurídico ha de poder conjugar un alto grado de complejidad interna para responder a las demandas de otros subsistemas sin colapsarse, es decir sin quebrar su propia coherencia interna o la integración de sus decisiones. La expresión "justicia" reflejaría la unidad del sistema pese a su complejidad, esto es, pese al número de decisiones, a su diversidad, a la interdependencia interna de las mismas, a su grado de generalización y a la velocidad de cambios a que están sometidas»* (op. cit. p. 285).

Por todo esto, es que el concepto de complejidad aparece estrechamente vinculado al concepto de derecho. André J. Arnaud sostiene que, siendo la toma de decisión el centro de gravedad tanto del derecho como de la complejidad, una teoría de la decisión jurídica debe abordarse desde la teoría de la complejidad. Las visiones tradicionales acerca de la decisión jurídica estuvieron vinculadas, según este autor, al criterio definido como *one best way:* la mejor elección de entre todas las posibles. Se trata, dice, de un sis-

tema analítico de decisión, basado en una aproximación epistemológica de tipo positivista. Pero hoy se tornan predominantes los procesos de decisión compleja, fundados en una epistemología constructivista que reivindica criterios de unidad y apertura sistémica, junto con recursividad transformacional y perspectiva teleológica (1996, p. 320). Al incorporar la perspectiva teleológica, Arnaud se separa de Luhmann de manera bastante clara. Su pensamiento en torno a la complejidad recurre a otros presupuestos, considerablemente menos abstractos. Pero, como Luhmann y otros pensadores contemporáneos, pone énfasis en la idea de autorreferencialidad, recursividad o autología del sistema jurídico[8].

También es éste el caso de Günter Teubner, frecuentemente considerado en el campo específico de la teoría jurídico-política como discípulo de Luhmann. El derecho, sostiene, es indeterminado porque no es susceptible de control externo. *«La ley no está determinada ni por autoridades exteriores a ella, ni por la autoridad de los textos, ni por el poder de las palabras, ni por la ley natural o la revelación divina; la ley está determinada de manera autorreferente, descansa sobre su propia realidad positiva. La ley debe su validez a esta autorreferencialidad: la aplicación de operaciones legales a los resultados de las operaciones legales. Por tanto, la validez del derecho no puede ser importada desde fuera sino solamente producida desde dentro del derecho»* (1995, p. 160). En el divulgado ensayo que citamos, Teubner critica las posiciones de autores que pertenecen a la corriente de los *critical legal studies,* por entender que frente al derecho no son suficientemente críticos, toda vez que constatan los problemas de autorreferencialidad y paradojalidad del derecho, pretendiendo su neutralización mediante una deconstrucción que caracteriza como «ilustrada». La teoría autopoiética, en cambio, afirma que la circularidad es un problema de la práctica legal más que un problema de pensamiento legal: la realidad social del derecho -argumenta- está constituida por una serie de relaciones circulares. Los elementos del sistema legal (acciones, normas, procesos, identidad, realidad legal) están conectados de una multitud de maneras. Autorreferencia, paradojas e indeterminaciones son problemas reales de los sistemas sociales, no errores en la reconstrucción mental de esta realidad social (v. op. cit. p. 169).

La autorreferencia deja, en esta tesitura, de ser considerada como un modo de pensar prohibido o que conduciría a resultados falsos o infundados o, de cualquier manera incorrectos, como sostendría una perspectiva

---

[8] v. François Ost *«Entre ordre et désordre» le jeu du droit. Discussion du paradigme autopoietique appliqué au droit»* en «Archives du Philosophie du Droit», nº 31, 1986, p. 133 y ss. También F. Ost y Michel Van Der Kerchove *«Le systeme juridique entre ordre et désordre»,* PUF, París, 1988. Helmut Willke «Systemtheorie», UTB Fischer, Stuttgart, 1982.

analítica. Ella pasa a ser, en cambio, la clave de un salto cualitativo, no sólo de la teoría legal, sino del pensamiento social en su conjunto. Citando a Danilo Zolo (1995, p. 201) Teubner sostiene que la base teórica de tal concepción está en la generalización de los siguientes fenómenos «circulares»: i) la autorreferencia lingüística de los procesos cognoscitivos (W. V. O. Quine y Neurath); ii) la circularidad lógica de los constructos de la axiomatización formal de las matemáticas (Gödel) y más en general de las paradojas de la recursividad lógico-lingüística (Russell y Tarski); iii) las teorías del orden a través de fluctuaciones y de las estructuras disipativas en la física de los procesos irreversibles (Prigogine); iv) la reflexividad de los mecanismos de autorregulación homeostática o autocatalítica en biología molecular y en neurofisiología (Bertanlanffy, von Foerster); v) la retroactividad en cibernética de primer y segundo grado (Ashby, Foerster); vi) los procesos de morfogénesis y autoorganización de los grupos sociales (Hayek); vii) la autoconsciencia psíquica de los sujetos individuales, en los primates antropomorfos y en el hombre (Maturana, Luhmann).

Como el propio Teubner señala, así abordada la autorreferencia, terminará proponiendo un salto epistemológicamente muy arriesgado que es el que Luhmann presenta del siguiente modo: *«la realidad tiene una estructura circular, independientemente de su cognición»* (1991, 435 y ss).

Otro de los autores que ha dedicado páginas muy interesantes al tema de la circularidad en el derecho, es Jesús Ignacio Martínez García (1992), quien muestra ciertos paralelismos entre la teoría autorreferencial y la semiótica de Greimas, en tanto horizontes de sentido susceptibles de utilizarse para percibir lo jurídico de un modo constructivista y registrar la capacidad que posee, para generar su propia realidad.

«Abordar semióticamente el problema del sentido -dice este autor- *prescindiendo de un referente externo al propio lenguaje, y observar sistémicamente el dinamismo de circuitos autorreferenciales es una invitación a revisar las concepciones demasiado simplistas de las relaciones del derecho consigo mismo y con el resto de la realidad social. Los procedimientos operativos del derecho no son lineales y no pueden describirse adecuadamente recurriendo a modelos deductivos o a esquemas de causa-efecto. La realidad social no constituye sencillamente la referencia inmediata del derecho. Es cierto que el derecho cuenta con la realidad, la regula, la modifica y a su vez, se ve modificado por ella. Pero se trata de dar cuenta de un modo técnico y a la altura de la moderna epistemología del sentido de estos fenómenos. Como resultado de tales aproximaciones emerge el protagonismo del derecho, considerado ya sea como universo semiótico o como sistema autopoiético»* (op. cit. p. 62).

Por cierto, las concepciones recursivas han sido rechazadas por las tradiciones positivistas y analíticas que ven en ellas perturbaciones del orden lógico, concebido lineal y jerárquicamente, a la manera del sistema kelseniano, que instrumenta una cuidada distinción de niveles normativos y de correlativas delegaciones de poder. Con todo, el propio Kelsen percibe con agudeza el fenómeno de que el derecho regula su propia creación y que en ocasiones produce autoatribuciones de significado, como cuando los contratantes establecen los antecedentes del negocio jurídico que crean o cuando el testador describe sus disposiciones de última voluntad. Sólo puede considerarse fundamento de validez de una norma, otra norma del sistema. En Hart, es a través de la Regla de Reconocimiento, como resulta posible identificar la validez de las reglas del sistema. Alf Ross, en cambio, ha rechazado drásticamente la autorreferencialidad normativa por considerarla lógicamente inadmisible (1969, p. 49 y ss.)[9].

Sin dudas, la recursividad ha producido «malestar en la teoría» pero, de hecho, la teoría se ocupa de ella desde hace mucho tiempo. Por ejemplo, cuando habla sobre lenguajes, cuando produce medios de producción, cuando investiga acerca de los procesos de investigación, cuando decide sobre premisas decisorias o cuando dicta normas que regulan la aplicación de otras normas. Como argumenta Martínez García en su paráfrasis de Luhmann, *«...La circularidad no es solo una propuesta teórica entre otras muchas, sino una realidad: la consecuencia de la evolución de la sociedad. Aparece aquí como una de las más importantes conquistas del derecho moderno. Implica que el derecho se ha emancipado de otro tipo de racionalidades y cuenta con enfoques y respuestas propias frente a sus problemas. En una sociedad altamente diferenciada y con ámbitos de comunicación especializados el derecho necesita y logra en buena medida ser capaz de controlar por sí mismo, sin ayuda externa, sus propias reglas de funcionamiento»*. (op. cit. p. 85).

El derecho se caracteriza, de este modo, no por sus contenidos sino por sus formas, sus procedimientos y relaciones. Su dinamismo, en sentido kelseniano, supone la contingencia y con ella, la posibilidad de producir todos los cambios requeridos por el ambiente. Y su circularidad, su autología es el canon de su validez. Como dice Luhmann, validez es circularidad.

Y bien, autorreferencia, autopoiesis, diferenciación, indeterminación, complejidad, son nociones que abren la posibilidad de nuevas investigacio-

[9] El tema ha sido considerado por Ricardo Guibourg en *«La autorreferencia normativa y la continuidad constitucional»,* incluido en «El lenguaje del derecho: Homenaje a Genaro R. Carrió», Abeledo-Perrot, BsAs., 1983. También en Carlos S. Niro *«La validez del derecho»,* Astrea, BsAs, 1985.

nes acerca de lo social y lo jurídico, nuevas conceptualizaciones, transformaciones paradigmáticas, etc. Como se ha visto, aunque Niklas Luhmann sea una referencia insoslayable, no hay una versión canónica de las concepciones sistémicas. Danilo Zolo no ha vacilado en atacar con dureza el componente autopoiético de la teoría de Luhmann y en aconsejar su abandono, y este último, afecto a la polémica, no ha tardado en refutar sus críticas. Por otra parte, muchos autores, como es el caso de Eligio Resta, han tomado elementos de la teoría, para desarrollar un pensamiento original y novedoso, tal como resulta ilustrado por sus obras más recientes[10]. Cuál sea el aporte definitivo de los nuevos enfoques es aún material controversial, pero ellos no pueden ser ignorados. Han ocupado un lugar estratégico en el conocimiento del mundo que, al mismo tiempo, aparece como constitutivo del mundo. Y han enfatizado, como ninguna otra concepción precedente, el tema crucial de nuestro tiempo: la complejidad. Al hacerlo, han permitido advertir, en lo que al derecho concierne, **el aumento incesante de opacidad,** que acompaña al incremento también incesante de complejidad, como consecuencia de la mayor diferenciación del subsistema jurídico, de la variabilidad en aumento de sus posibilidades internas, de la especialización constante de sus prestaciones y de la singularización permanente de sus comunicaciones.

Para concluir, quizá convenga traer a cuento de una manera menos árida la presencia permanente de la complejidad, evocando el diálogo imaginado por Italo Calvino en «Las Ciudades Invisibles»:

> *Marco Polo, describe un puente, piedra por piedra.*
> *-¿Pero, cuál es la piedra que sostiene el puente? -pregunta Kublai Jan.*
> *-El puente no está sostenido por esta piedra o por aquella -responde Marco-, sino por la línea del arco que ellas forman.*
> *Kublai permanece silencioso, reflexionando. Después añade:*
> *-¿Por qué me hablas de las piedras? lo único que me importa es el arco.*
> *Polo responde: -Sin piedras no hay arcos.*

[10] Cfr. «Poteri e diritti», Giappicheli Editore, Torino, 1996 (346 pag.) y «Le stelle e le masserizie. Paradigmi dell'osservatore», Laterza, Roma, 1997 (235 pag.).

COMPRENSIÓN TRIALISTA DE LA JUSTIFICACIÓN DE LAS DECISIONES JUDICIALES

Miguel Ángel Ciuro-Caldani
Universidad Nacional de Rosario (Argentina)

1 La justificación de las decisiones judiciales adquiere diversas significaciones según la comprensión del significado que se sostenga respecto de dichas decisiones. En nuestro caso, hemos de plantearla conforme a la teoría trialista del mundo jurídico, elaborada básicamente por Werner Goldschmidt dentro de la concepción tridimensional del Derecho, que afirma que en éste hay tres dimensiones: realidad social, normas y valores[1].

a) Dimensión sociológica

a') Las adjudicaciones y su orden

2. La teoría trialista del mundo jurídico reconoce que la dimensión sociológica del Derecho se centra en «repartos», que son adjudicaciones de potencia e impotencia -o sea de lo que favorece o perjudica al ser y en particular a la vida- provenientes de la conducta de seres humanos determinables. Además existen «distribuciones», en las que las adjudicaciones de potencia e impotencia provienen de la naturaleza, las influencias humanas difusas o el azar.

Para comprender acabadamente los repartos hay que reconocer sus elementos como repartidores (o conductores), recipiendarios (beneficiados o gravados), objetos que se reparten, formas (caminos previos, más procesales o de mera imposición, más negociales o de mera adhesión) y razones (móviles de los repartidores, razones alegadas generalmente por los propios repartidores y razones sociales, que atribuye la sociedad a los repartos cuan-

[1] Acerca de la teoría trialista del mundo jurídico pueden v. por ej. GOLDSCHIMIDT, Werner, «Introducción filosófica al Derecho», 6a. ed., 5a. reimp., Bs. As., Depalma, 1987; CIURO CALDANI, Miguel Ángel, «Derecho y política», Bs. As., Depalma, 1976; «Estudios de Filosofía Jurídica y Filosofía Política», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1982/84; «Estudios Jusfilosóficos», Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1986.

do considera que son valiosos). Las decisiones judiciales son repartos cuya conducción es ejercida por repartidores jueces.

Las razones de los repartos son su justificación jurístico-sociológica, aunque esa justificación suele evidenciar los otros despliegues, en cuanto a repartidores, recipiendarios, objeto y forma de la adjudicación respectiva.

Los móviles son la justificación que los repartos tienen ante los propios repartidores al punto de «moverlos» a conducir de determinada manera. Las razones alegadas, que se desenvuelven en el terreno del discurso para apoyar las decisiones ante terceros, constituyen la justificación jurístico-sociológica en sentido más propio. Las razones sociales son la justificación que en su caso las decisiones repartidoras poseen ante la sociedad. Entre los móviles, las razones alegadas y las razones sociales existen importantes influencias recíprocas, al punto que de manera normal las razones alegadas son formuladas para provocar las razones sociales.

En el caso de las decisiones judiciales, hay una justificación que hacen los propios jueces ante sí mismos (móviles), de la cual depende la adopción de las medidas respectivas; otra justificación que ellos o terceros producen ante la sociedad (razones alegadas) y otra que ésta genera cuando considera que las decisiones son valiosas, con la cual tiende a generarse su seguimiento (razones sociales).

Las razones que justifican los repartos se producen en la medida que los sujetos, sean los propios repartidores o la sociedad, aceptan los hechos y los valores tomados en consideración. No es sin fundamento que «justificación» quiere decir, por ejemplo, «Causa, motivo o razón que justifica» y «Prueba convincente de una cosa»[2]. Como repartos, las decisiones judiciales están justificadas cuando resultan insertas en el tejido fáctico y axiológico de la sociedad de que se trate. La razonabilidad de los repartos y en nuestro caso de las decisiones judiciales es un fenómeno cultural del cual depende la respectiva «fuerza de convicción».

Las razones alegadas de las decisiones judiciales suelen expresarse formalmente bajo los títulos de «vistos», relativamente más «fácticos», y «considerandos», de más referencia positivizada y axiológica. Las razones sociales promueven el cumplimiento y el seguimiento, en nuestro caso, de modo más específico por la formación de jurisprudencia.

Además de ser elementos de los repartos, las razones alegadas y las razones sociales son adjudicaciones en sí mismas, que se integran, con respectivo carácter más específicamente repartidor o distribuidor, en los repartos de que se trate. Hay «repartos justificados» y «repartos justificantes».

---

[2] REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, «Diccionario de la Lengua Española», 21 a. ed., Madrid, 1992, t. II, pág. 1216 «justificación»).

3. También respecto de los repartos justificantes se han de reconocer sus repartidores, sus recipiendarios, sus objetos, sus formas y sus razones.

Normalmente en las razones alegadas los repartidores son los propios repartidores de los repartos justificados, en nuestro caso de las decisiones judiciales los propios jueces, aunque cabe reconocer también la conducción de otros repartidores que a veces alegan con miras a vestir de razones a la adjudicación de referencia.

Los recipiendarios de las razones alegadas son en principio los mismos que los recipiendarios de los repartos justificados, incluyendo en lugar destacado a los repartidores de éstos, por ejemplo a los jueces de las decisiones justificadas. Quienes alegan razones justificantes tienden a beneficiar al repartidor, en nuestro caso al juez, del reparto de referencia. Además pueden producirse proyecciones hacia otros recipiendarios, sobre todo con miras a obtener la generación de razonabilidad social.

La justificación a través de razones alegadas genera potencias o impotencias, sobre todo en el curso de la verdad o la falsedad de lo que se alega en relación con el reparto justificado. El viejo reconocimiento de las «hermosas mentiras» es una muestra de la capacidad generadora de potencia que, incluso apartándose de la verdad, las razones alegadas pueden tener.

Las formas de los repartos de las razones alegadas suelen ser reflejos de una audiencia que en los repartos justificados puede no existir. En nuestro caso de las decisiones judiciales, es frecuente que aunque las partes del caso sobre el que se decide en el reparto justificado no sean realmente escuchadas, las razones alegadas se remitan a ellas a fin de mostrar la mayor audiencia posible.

También respecto de los repartos de las razones alegadas cabe diferenciar los móviles de quienes alegan, las razones que alegan para alegar lo que alegan (razones alegadas «de segundo grado») y las razones que en su caso atribuye la sociedad a las alegaciones que considera valiosas. También en el caso de los repartos de las razones alegadas por los jueces para sus decisiones, vale distinguir los móviles que tienen para alegar, las razones que alegan para su alegación y las razones que la sociedad puede atribuir a su alegación.

4. La otra vertiente de la justificación proviene de la sociedad cuando considera que el reparto, en nuestro caso la decisión judicial, es valioso (razones sociales).

Aunque a menudo las razones sociales son producidas por influencias humanas difusas, también surgen de repartos, producidos por seres humanos determinables. Aquí los repartidores del reparto justificado, en nuestro caso los jueces, son nítidos recipiendarios. Una de las potencias más relevantes, sobre todo para los repartidores del reparto justificado, es la razo-

nabilidad atribuida a su adjudicación. La forma del reparto de las razones sociales se produce en mucho a través de la audiencia que los componentes de la sociedad pueden brindar a los repartidores de los repartos justificados, en nuestro caso, a los jueces. También aquí median móviles de los repartidores de los repartos justificantes, razones alegadas y razones sociales (razones sociales «de segundo grado»).

Si el reparto, en nuestro caso la decisión judicial, es socialmente justificado tiene posibilidades de ser tomado como modelo de seguimientos, de lo contrario es posible que se generen repartos tendientes a cambiarlo.

5. Los repartos pueden ser autoritarios, desenvueltos mediante ordenanzas seguidas de obediencia o por ejecución directa y realizadores del valor poder, o autónomos, desarrollados por acuerdo de los interesados y satisfactorios del valor cooperación. En general las decisiones judiciales son repartos autoritarios.

Cuando los repartos son autoritarios la necesidad de justificación resulta más intensa, destacándose con frecuencia el requerimiento de una justificación no sólo «externa» sino «interna», respecto de los recipiendarios de la imposición, que en los repartos autónomos resulta habitualmente innecesaria. Las decisiones judiciales, en general repartos autoritarios, requieren más justificación que los repartos autónomos, v. gr. los contratos.

6. Los repartos pueden tropezar con límites necesarios, surgidos de la naturaleza de las cosas (físicos, psíquicos, lógicos, axiológicos, socioeconómicos, sociopolíticos, etc.). Aunque a veces los propios repartos de justificación suelen ser contraproducentes y generar límites necesarios para los repartos justificados y ellos mismos chocan con tales obstáculos, v. gr. por «desinteligencias» entre los autores y los receptores de las razones alegadas, la justificación tiende con frecuencia a remover los límites, de modo principal a superar las dificultades psíquicas. Al fin sólo es posible justificar lo justificable, pero justificar suele ser una manera de acrecentar lo que se puede.

En nuestro tiempo actual, de la llamada «postmodernidad»[3] y del profundo predominio del mercado, la justificación tiende a hacerse marco de incontenible predominio de los medios de comunicación de masas.

Lo recién expuesto es válido también para la justificación de las decisiones judiciales. Cuando éstas tienen insuficiente justificación pueden fracasar porque incluso generan «anticuerpos» en quienes deben cumplirlas. La justificación de las decisiones judiciales es una de las maneras importantes de asegurar la «viabilidad social».

---

[3] Puede v. nuestro estudio «Panorama trialista de la Filosofía en la postmodernidad», en «Boletín del Centro de Investigaciones de Filosofía Jurídica y Filosofía Social», Nº 19, págs. 9 y ss.

7. Los repartos pueden ordenarse vertical u horizontalmente, de modo respectivo mediante el plan de gobierno en marcha y la ejemplaridad. El plan de gobierno en marcha indica quiénes son los supremos repartidores (los supremos conductores) y cuáles son los criterios supremos de reparto (los criterios supremos de conducción), realizando el valor previsibilidad. La ejemplaridad se desenvuelve según el ritmo de razonabilidad de modelos y sus seguimientos y satisface el valor solidaridad.

Los repartos vinculados por la ejemplaridad generan derecho espontáneo, que puede ser costumbre en el marco social o jurisprudencia en el seguimiento en los pronunciamientos de los tribunales.

La justificación de los repartos, en nuestro caso de las decisiones judiciales, puede remitirse a su ordenación vertical u horizontal. La justificación por razones sociales es la raíz de la ejemplaridad. Las invocaciones que los considerandos de las sentencias hacen de las leyes son una muestra de lo primero, las referencias que producen a la jurisprudencia son una expresión de lo segundo.

8. El orden de los repartos realiza el valor homónimo orden y en la medida que éste se encamina a la justicia pacifica. El desorden de los repartos es anarquía, que puede ser institucional (porque no se sabe quiénes son los supremos repartidores) y teleológica (porque no se sabe cuáles son los criterios supremos de reparto) y realiza el «desvalor» arbitrariedad.

La anarquía puede ser subjetiva y objetiva, es decir, pertenecer al terreno de la percepción de los individuos o a los hechos mismos y en consecuencia también la arbitrariedad posee sentidos subjetivo y objetivo.

La solidez del orden de repartos, en nuestro enfoque específico de las decisiones judiciales, depende en mucho de la razonabilidad que brinda la justificación, aunque a veces ésta posee sentidos anárquicos. Las posibilidades de anarquía son mayores en la justificación por razones alegadas y siempre la justificación social tiende a generar orden por ejemplaridad. La justificación de las decisiones judiciales es un importante instrumento para el orden y la pacificación.

Cada justificación puede ser más o menos ordenada, en sí misma y respecto de la adjudicación justificada. Aquí es significativo considerar la «pertinencia» o «impertinencia» de los contenidos de la justificación. A veces poderosas influencias sociales hacen que las justificaciones se desvíen por los senderos de la impertinencia, por ejemplo, para preparar otras adjudicaciones, para favorecer la condición personal de los jueces que deciden, etc.

b) Dimensión normológica

a') Las normas y su ordenamiento

9. En la teoría trialista del mundo jurídico las normas son captaciones lógicas de repartos proyectados, que deben ser fieles, exactas y adecuadas, es decir, respectivamente: captar con acierto el contenido de la voluntad de sus autores, cumplirse y estar construidas del modo que más sirva a los fines de sus autores. La justificación puede ser útil para el logro de estos objetivos. En nuestro caso, la justificación de las decisiones judiciales puede contribuir a la mejor captación de la auténtica voluntad de los jueces, a su cumplimiento y a la más apropiada construcción normativa. Por su carácter frecuentemente oculto los repartos de justificación suelen no ser objeto de captaciones normativas formales.

10. Las normas pueden ser generales o individuales, según se refieran a sectores sociales futuros y supuestos o pasados y descriptos, realizando respectivamente los valores predecibilidad e inmediatez. Las decisiones judiciales se expresan normalmente en normas individuales, y a su justificación le corresponde no sólo demostrar la realización de la predecibilidad de las normas generales que se tengan en cuenta sino la demostración de la realización de la inmediatez en la que se produce el contacto entre las abstracciones de las normas y la realidad de los casos. Una de las nítidas manifestaciones de la búsqueda de la inmediatez es la referencia a los «vistos», en que se relatan los casos, y los «considerandos», donde se muestran las razones de Derecho positivo y axiológicas.

11. Los repartos suelen ser «autobiografiados» por los propios repartidores en fuentes formales cuya formación y estructura depende de los repartos de que se trate. Las fuentes formales se diferencian según reflejen repartos autoritarios o autónomos y en general, como ya señalamos, la justificación es más frecuente en las que autobiografían a los primeros. Entre las fuentes de repartos autónomos por su carácter «bivalente», también dotado de sentidos de autoridad, los tratados suelen tener más justificación formal que los «con-tratos».

En el caso de las decisiones judiciales, la fuente formal más importante es la sentencia. Su justificación formal es a menudo la expresión de una búsqueda especial de razonabilidad profundamente vinculada con los sentidos de relativa aristocracia, de democracia y de república que suelen requerirse de la tarea judicial. La fundamentación formal de las decisiones judiciales es una de las muestras significativas de los sentidos del régimen y del ordenamiento normativo.

12. Para que los repartos proyectados en las normas se conviertan en repartos realizados es necesario que las normas funcionen. El funcionamien-

to de las normas abarca diversas tareas, entre las que figuran la interpretación, la determinación, la elaboración y la aplicación. La justificación de las decisiones judiciales suele encontrarse en la necesidad de expresar el funcionamiento de las normas tomadas como referencia y a su vez es esclarecedora para la interpretación y aplicación de las mismas decisiones.

13. Al captar la realidad las normatividades suelen incorporarle significados especiales distintos de los que normalmente le corresponden, o sea, producen materializaciones. Esto ocurre a menudo también con las justificaciones normativas y, en la perspectiva de nuestro interés, con la justificación de las decisiones judiciales. A través de su justificación, principalmente en «vistos» y «considerandos», los jueces cambian los sentidos de la realidad convirtiendo, por ejemplo, hechos en pruebas apreciadas con un específico significado.

14. El ordenamiento normativo posee una estructura «piramidal» con relaciones verticales y horizontales, en ambos casos de producción y de contenido, que realizan respectivamente los valores subordinación, ilación, infalibilidad y concordancia. El conjunto del ordenamiento normativo satisface el valor coherencia y en la medida que éste se encamina a la justicia realiza la armonía. Al relacionarse con otras normas de nivel superior o del mismo nivel, la justificación suele convertirse en un instrumento de la constitución del ordenamiento normativo y de sus valores. Lo propio corresponde reconocer respecto de la justificación de las decisiones judiciales.

c) Dimensión dikelógica

15. Los repartos y sus captaciones normativas deben realizar un complejo axiológico jurídico que culmina en el valor justicia. Una tarea fundamental de la justificación de las decisiones judiciales es considerar si éstas se hallan de acuerdo con dicho complejo axiológico y sobre todo con la justicia. La justificación alegada es realmente tal cuando contribuye a demostrar la justicia del reparto justificado y le agrega despliegues de justicia en cuanto a su razón. La propia significación de la palabra «justificación» indica «Conformidad con lo justo»[4].

Además de la justicia, en general la justificación ha de presentar la verdad respecto de los hechos, las normas y los valores del reparto justificado, en nuestro caso, de la decisión judicial. Por otra parte, en principio la justificación alegada ha de ser útil para el desarrollo de lo justificado; la justificación de la decisión judicial ha de ser útil para lo decidido.

---

[4] V. REAL ACADEMIA, op. cit. («justificación»).

16. Al demostrar la justicia de la decisión justificada la justificación ha de contribuir a la comprensión de las clases de justicia que se satisfacen y las influencias de justicia que se tienen en cuenta.

En principio la justificación desfracciona la «pantonomía» de la justicia (pan=todo; nomos=ley que gobierna), explayando consideraciones de valor de modo que suele generar cierta inseguridad para los repartidores del reparto justificado, pero al propio tiempo, al recortar las posibilidades de los repartidores del reparto justificado, producen seguridad para sus recipiendarios. No es sin motivo que los repartidores suelen temer a la necesidad de justificación y en cambio los recipiendarios con frecuencia defienden su existencia.

El reparto justo es el más justo de los repartos posibles, pero en relación con él se ha de diferenciar el reparto «justificado», que es el más justo de los repartos posibles para el repartidor de que se trata. Desde el punto de vista de los repartos aislados, lo más importante en el enfoque inmediato suele ser la «justificación», aunque en el conjunto hay que pretender la justicia. En este aspecto es relevante tener en cuenta, también para las decisiones judiciales, que se puede justificar (en el sentido que trata esta comunicación) en términos de justicia o de justificación.

17. Además de la justicia del reparto justificado ha de analizarse, también en todos los elementos, la justicia del reparto de justificación. Hay que averiguar si quienes justifican, quienes reciben justificación, lo que se brinda al justificar y la forma en que se decide la justificación son debidos.

En principio la justificación agrega ingredientes de autonomía para los recipiendarios, porque de alguna manera tiende al consenso, aunque cuando es falsa puede resultar un instrumento de antiautonomía. En la justificación de sus decisiones los jueces deben demostrar la superioridad científico-técnica que poseen en materia jurídica, que los legitima de cierto modo como repartidores «aristocráticos». La justificación que alegan para sus decisiones es una manera de conducir su aristocracia hacia la autonomía.

En principio, todos los recipiendarios, de modo destacado cuando se trata de repartos autoritarios, merecen justificación de los repartos que reciben; la justificación es un objeto digno de ser adjudicado (es un objeto «repartidero») y permite mostrar si hay verdadera audiencia y, en particular en las decisiones judiciales, sobre todo si existe verdadero proceso.

En general, los propios repartidores de los repartos justificados poseen aristocracia para ser repartidores de la alegación justificadora, porque están especialmente calificados para conocer sus repartos con más profundidad. Los propios recipiendarios de los repartos justificados están particularmente calificados para ser recipiendarios de los repartos justificantes.

En alguna medida la justificación por las razones sociales incorpora un elemento especial de autonomía, que de cierto modo tiende a reconocer que los repartidores cuentan con alguna «superioridad» porque han repartido de una manera considerada correcta.

En el caso específico de las decisiones judiciales, los jueces resultan repartidores muy idóneos para brindar justificación por su calificación científico-técnica y por eso su deber al respecto suele ser mayor. Todos los repartidores están en principio obligados a justificar, pero en los jueces este deber tiene particular intensidad.

18. Para ser justo el régimen ha de ser humanista y no totalitario, o sea que ha de tomar a cada individuo como un fin y no como un medio. Si la justificación es correcta es un instrumento para el humanismo, mas en caso contrario es totalitaria. Los receptores de justificaciones ilegítimas son tomados como medios. Desde este punto de vista, una de las manifestaciones más importantes del humanismo consiste en que la justificación no tome a la decisión justificada como medio para otros fines.

Para ser humanista el régimen debe respetar la unicidad, la igualdad y la comunidad de todos los hombres, con miras a lo cual son exigibles el liberalismo político, la democracia y la «res publica». La justificación tiende a disminuir la «distancia» entre los repartidores, en nuestro caso los jueces, los recipiendarios y la comunidad, acentuando la igualdad y la comunidad, la democracia y la «res publica».

Para la realización del régimen de justicia se ha de proteger a los individuos contra todas las amenazas que pueden afectarlos. El deber de alegar una justificación verdadera y el control de la justificación social tienden a amparar sobre todo contra el régimen, en nuestro caso, respecto del poder de sus jueces.

PRINCIPIOS JURÍDICOS E INDETERMINACIÓN DEL DERECHO

Paolo Comanducci
Universidad de Génova (Italia)

1. Introducción

Quisiera en primer lugar declarar cuales son mis presupuestos metodológicos (si queréis: mis prejuicios metodológicos) y el objeto de mi trabajo.

La necesidad de una aclaración previa sobre la metodología usada deriva no solo de mi personal simpatía por el imperativo meta-científico weberiano, según el cual en las ciencias sociales, en aras de lograr un enfoque lo menos valorativo posible, siempre el científico tiene que declarar sus valores y sus opciones de partida, también las metodológicas. Deriva sobre todo de la convicción de que mis conclusiones solo tienen sentido, y quizás puedan resultar acertadas, si adoptamos los presupuestos metodológicos que ahora voy a indicar. Presupuestos en favor de los cuales, por falta de tiempo, no presentaré ningún argumento explícita y extensamente. Se trata en efecto de dos presupuestos bien conocidos, y que encuentran respaldo, en mi opinión firme aunque no unánime, en la literatura contemporánea de teoría del derecho.

El primer presupuesto está constituido por la distinción entre enfoque teórico y enfoque de política del derecho, que es análoga, aunque más elaborada filosóficamente, a la distinción, común entre los juristas, entre consideraciones *de iure condito* y *de iure condendo* (o bien entre consideraciones *de lege* y *de sententia data,* por un lado, y *de lege* y *de sententia ferenda,* por el otro). Mi enfoque será teórico, a diferencia de los enfoques que, en mi opinión, comparten autores como, por ejemplo, Dworkin o, en menor medida, Alexy, que calificaría como de política del derecho. Un enfoque teórico pretende, en palabras de Bobbio[1], dar cuenta del derecho como es, y no como debería ser.

[1] Cfr. N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico,* 2a ed., Comunità, Milano, 1972, p. 105.

El segundo presupuesto está constituido, en el interior de un enfoque teórico, por la elección de un punto de vista externo moderado (en el sentido de Hart, así como interpretado por Bulygin[2]) y no de un punto de vista interno en la descripción de los fenómenos jurídicos. Este segundo presupuesto está estrictamente conectado al primero, en el sentido de que ambos son afectados por la tesis central del positivismo metodológico, según la cual la descripción del derecho es algo distinto de su evaluación y de la propuesta de su modificación, y no tiene necesariamente porqué estar afectada por juicios de valor, morales o políticos, o bien por un sentimiento de adhesión frente al derecho del cual estamos dando cuenta.

Respecto al objeto de mi trabajo, procederé de esta forma: a) primero, identificaré los principios jurídicos, y analizaré la supuesta diferencia entre principios y reglas, criticando a la tesis de la separación fuerte y defendiendo la utilidad heurística de la tesis de la separación débil; b) luego, me ocuparé de la noción de indeterminación del derecho, ofreciendo algunas precisiones al respecto; c) y, al final, trataré de las relaciones entre los principios jurídicos y el fenómeno de la indeterminación del derecho.

2. Principios jurídicos: naturaleza, fuente, clasificación

2.1. Naturaleza

Bajo el rótulo tradicional del problema de la «naturaleza» de los principios, se encuentra más sencillamente el problema de una definición conceptual de los principios. Creo que, al menos hoy en día, hay un acuerdo bastante amplio, detrás de las diferentes definiciones y detrás de la variedad de los términos empleados, en considerar los principios como una clase de normas: respectivamente, los principios jurídicos como una clase de las normas jurídicas, y los principios morales como una clase de las normas morales. En particular, los principios han sido individualizados diferenciándolos de las reglas de conducta. Cabe agregar, sin embargo, que estas dos clases (principios y reglas) no son exhaustivas del conjunto de las normas: a aquellas clases muchos teóricos añaden las normas constitutivas y/o las normas conceptuales y/o las definiciones y/o las normas de competencia y/o los valores y/o las directrices, etc.

Si se admite que los principios son una clase de normas, entonces parecería razonable ofrecer de los principios (y respectivamente de las reglas) una definición *per genus et differentiam.* Se define primero el genus (las normas), y luego se identifica la *differentia* específica de principios y reglas de conducta.

---

[2] Cfr. E. Bulygin, *Norme, proposizioni normative, e asserti giuridici* (1982), ahora en Id., *Norme, validità, sistemi normativi,* Torino, Giappichelli, 1995, esp. pp. 101-110.

Esta definición, en el nivel teórico, no puede ser más que de tipo estipulativo (mejor dicho: una redefinición), pues una definición léxica tendría muy poca utilidad, ya que recogería sencillamente la pluralidad de usos, al menos parcialmente contradictorios, de los respectivos términos.

Aun si, en la literatura, no se ha prestado demasiada atención al problema, me parece importante decidir si cuando hablamos de «normas», de «principios» y de «reglas» estamos haciendo referencia a enunciados todavía no interpretados o bien a enunciados ya interpretados, es decir a enunciados que son producto o resultado lingüístico de una previa interpretación.

Al respecto quisiera subrayar que, en mi opinión, lo que generalmente se entiende como «interpretación» de enunciados es, desde un punto de vista conceptual, más bien una actividad, un proceso, que un acto singular. Cabe por lo tanto distinguir, en lo que se refiere a nuestro sujeto, entre diferentes etapas de una secuencia interpretativa: 1) la primera etapa está constituida por la identificación del enunciado como entidad de un lenguaje (podríamos llamarla identificación lingüística del enunciado); 2) la segunda etapa está constituida por la identificación del enunciado como una norma, en virtud de su carácter prescriptivo (podríamos llamarla identificación pragmática del enunciado); 3) la tercera etapa está constituida por la identificación de la norma como principio o como regla (podríamos llamarla configuración de la norma); y 4) la cuarta etapa está constituida por la identificación del sentido de, o -como yo prefiero decir- por la atribución de sentido a, la norma, o sea al principio o a la regla (podríamos llamarla interpretación *stricto sensu* de la norma, del principio o de la regla).

Esta cuarta etapa, como es bien sabido, puede a su vez ser dividida en varias sub-etapas, que consisten en eventuales relieves de los significados previamente atribuidos al enunciado (por la dogmática o por otras autoridades normativas, especialmente jurisdiccionales), en reinterpretaciones sucesivas del principio o de la regla a la luz del sentido atribuido a otros principios o reglas, pertenecientes al mismo sistema, y que concurren con el principio o la regla objetos de interpretación a la solución de un caso, o de un conjunto de casos.

Ahora bien, si las cosas están así, después de las primeras dos etapas (identificación lingüística y pragmática), ¿es o no necesaria la tercera etapa? Ya tenemos, por así decir *ictu oculi,* principios y reglas, o hace falta una etapa de configuración de la norma para identificar si es (o expresa) un principio o bien una regla?

Me parece que hay dos razones fuertes para convencerse de la necesidad de la etapa de configuración:

a) Primero, en el marco jurídico, nadie, ni siquiera los formalistas más duros y puros, estaría dispuesto a afirmar que sólo deben ser considerados

principios aquellos que así son llamados por el legislador. Generalmente se opina que, por un lado, unos supuestos «principios», así llamados por el legislador, no son efectivamente tales, y, por el otro y sobre todo, que muchos enunciados jurídicos son (o expresan) principios, aun si el legislador no lo dice explícitamente. En otras palabras, el *nomen iuris* de «principio» no es condición ni necesaria ni suficiente para identificar un principio jurídico.

b) En segundo lugar, este criterio sintáctico nominalista no encuentra, por supuesto, ninguna aplicación en el marco moral, y por lo tanto no tiene un alcance general.

Cabe entonces concluir que, para poder distinguir, en el conjunto de las normas, entre principios y reglas hace falta una etapa de configuración de las normas: principios y reglas son, desde luego, enunciados ya interpretados. Con mayor precisión: la identificación de un enunciado como norma (en lugar, por ejemplo, que como aserción), o como principio (en lugar, por ejemplo, que como regla), o como regla (en lugar, por ejemplo, que como principio), es siempre dependiente de la interpretación. En mis términos, es dependiente, en el primer caso, de la identificación pragmática, en el segundo y en el tercero de la configuración.

Volvemos al problema de la definición *per genus et differentiam* de los principios como clase de normas. Esto se ha convertido ahora en el problema de la configuración de una *differentia* especifica de los principios en el marco de las normas y, en particular, frente a las reglas de conducta.

No quiero, por razones de brevedad, problematizar aquí la definición del *genus* (las normas). Asumimos una definición genérica según la cual las normas son enunciados con función prescriptiva, que tienden a afectar la conducta de los hombres. Por supuesto, soy consciente de que la definición de «norma», y de «norma jurídica» en particular, y la identificación de un enunciado como norma levantan una multitud de cuestiones teóricas. Estoy, por lo tanto, sencillamente dejando de lado el problema de la identificación del *genus* (por medio de una definición genérica de «norma»), para concentrarme en lo de la identificación de las *species.*

Ahora bien, el problema que aquí se plantea me parece el siguiente: ¿la configuración de las normas como principios o como reglas es una actividad cognoscitiva o (al menos parcialmente) discrecional? Hay dos respuestas contradictorias.

Si existieran características, estructurales o funcionales, de algunas normas que las diferenciaran de las demás -que tendrían características estructurales o funcionales distintas-, entonces (primera tesis) la actividad de configuración podría ser concebida como sencillamente cognoscitiva, y podríamos decir que una configuración es verdadera y otra falsa, o bien que una es correcta y otra incorrecta.

Si en cambio (segunda tesis) se niega que existan esos rasgos con independencia del sujeto que opera la configuración, entonces la configuración resultaría dependiente del sujeto que la opera. Un mismo enunciado, identificado como norma, sería un principio o una regla según la elección hecha por el sujeto. Hay, sin embargo, en el marco jurídico, sujetos que son socialmente considerados más aptos o más influyentes en la actividad de configuración, y cuyas configuraciones son aceptadas por todos o por muchos en la sociedad: el legislador (cuando, por ejemplo, caratula expresamente una norma como principio), los órganos de la administración, los jueces, la dogmática. Para los partidarios de esta segunda tesis habría una compleja interacción entre estos sujetos institucionales que puede contingentemente determinar que en algún momento se configuren, de manera unánime o casi, unas normas como principios y otras como reglas, aunque puedan quedar zonas de penumbra o de contraste respecto a un tercer conjunto de normas (que no se sabe o se disputa si son principios o reglas). Pero esto no quiere decir que, aun cuando el acuerdo está generalizado, la distinción entre principios y reglas sea necesaria, y no contingente. Para los partidarios de esta segunda tesis, cualquier configuración, también la más firme y compartida, podría en abstracto ser cambiada por algún sujeto institucional, e incluso por todos. Y esto sería así porque, como veremos, la configuración sería siempre relativa con respecto a otras normas, así que también lo que ahora se considera un principio general podría ser configurado después como una regla frente a otro principio más general, o bien lo que ahora se considera una regla específica podría ser considerada después como un principio frente a otra regla más específica.

Veamos desde otra perspectiva estas tesis contrapuestas que, en la literatura contemporánea[3], son llamadas a menudo respectivamente tesis de la separación fuerte y tesis de la separación débil entre principios y reglas.

Según la tesis de la separación fuerte, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es condición necesaria y suficiente de la diversidad en la interpretación y aplicación de principios y reglas, de la diversidad en la argumentación a partir de principios o a partir de reglas, y de la diversidad en la solución de los conflictos entre principios y entre reglas. Estas últimas diferencias son variables dependientes de la diversa tipología de las normas.

En cambio, según la tesis de la separación débil, la diversidad en la tipología de las normas entre principios y reglas es una variable dependiente de las diversidades en la interpretación y aplicación, en la argumentación y

[3] Véase por ej. L. Prieto Sanchís, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico,* Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1992.

en la solución de los conflictos. Estas últimas diferencias son condiciones disyuntivamente suficientes, pero quizás no necesarias[4], de la diversa tipología de las normas.

En la primera tesis, la tipología parece presuponer una ontología de las normas, así que una norma, desde el comienzo (desde su producción si es una norma jurídica), o bien es un principio o bien es una regla. Cada norma es necesariamente o un principio o una regla (o un *tertium quid,* si se admite que la pareja principios/reglas no agota el universo de las normas).

En la segunda tesis, la tipología no parece presuponer una ontología de las normas: las normas son (configuradas como) principios o reglas en función de la manera de su interpretación y aplicación, en función de la manera de argumentar a partir de ellas, o de solucionar los conflictos entre ellas. Cada norma es contingentemente o un principio o una regla (o un *tertium quid,* si se admite que la pareja principios/reglas no agota el universo de las normas), o puede ser un principio, en un tiempo y con referencia a un caso, y una regla, en otro tiempo y con referencia a otro caso.

Por lo tanto, según la tesis de la separación débil, la diferencia entre principios y reglas:

a) primero, es relacional (es decir, relativa y no absoluta), ya que un enunciado sólo puede ser configurado como un principio frente a otros enunciados que son configurados como reglas; y

b) segundo, es gradual (y no tajante), ya que es dependiente de la mayor presencia de características que también las reglas poseen (como la fundamentalidad, la importancia, la generalidad, la vaguedad, etc.).

Por consiguiente, la configuración de una norma como principio o como regla es generalmente, en el marco jurídico, sucesiva a la producción de la norma y conectada con su uso por parte de los operadores del derecho y de la dogmática.

Distintas versiones de la tesis de la separación fuerte han sido presentadas por autores como Ronald Dworkin[5], Robert Alexy[6], Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero[7]. En mi opinión esta tesis, en todas sus versiones, aun las más refinadas, no logra defenderse de los ataques a los cuales en los últimos

---

[4] Cfr. L. Prieto, *Sobre principios y normas,* p. 54.

[5] Cfr. sobre todo R. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Harvard UP, Cambridge, Mass., 1977.

[6] Cfr. sobre todo R. Alexy, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification* (1978), trans. by R. Adler - N. MacCormick, Clarendon Press, Oxford, 1989.

[7] Véase ahora M. Atienza, J. Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Ariel, Barcelona, 1996.

años ha sido sometida por autores como Luis Prieto[8], Riccardo Guastini[9], Juan Carlos Bayón[10], Letizia Gianformaggio[11], José Juan Moreso[12], y otros. Por razones de brevedad, y como se trata de asuntos bien conocidos, me limito aquí a hacer reenvío a esta literatura y a ofrecer lo que me parece un resumen sintético, pero adecuado a mis fines, de la falsación de la tesis fuerte. Podríamos decir que la tesis de la separación fuerte, concebida como tesis teórica, no parece superar el test de la verificación empírica, ya que no siempre aquellas normas que son configuradas como principios por los partidarios de la tesis fuerte presentan las características (estructurales y/o funcionales) que se le atribuyen, y, al revés, a veces incluso aquellas normas que son configuradas como reglas por los partidarios de la tesis fuerte presentan las características (estructurales y/o funcionales) que se atribuyen a los principios.

La tesis fuerte, si no es aceptable en el plano teórico, podría, ya lo veremos, ser reinterpretada, sin embargo, como una tesis de política del derecho.

Dejada de lado, en el nivel teórico, la tesis fuerte, quedamos con una alternativa: negar la distinguibilidad entre principios y reglas, o bien aceptar la tesis de la separación débil. Me parece preferible la segunda opción, pues creo que, al menos en el marco jurídico, la tesis débil tiene una útil función heurística: permite, en efecto, dar cuenta de los distintos usos de las normas en la fase de la aplicación, en la fase del razonamiento jurídico, y especialmente en la interpretación y en la argumentación de la interpretación.

En resumen, según la tesis de la separación débil, los principios jurídicos pueden ser definidos, *per genus et differentiam,* como aquellas normas jurídicas que están configuradas como tales, sobre la base de una elección valorativa, en la fase de producción del derecho (por el legislador que atribuye a algunas normas el nomen de principios), o en la fase de la aplicación del derecho a casos concretos (generalmente por los jueces), o bien en el razonamiento jurídico (por los jueces y por la dogmática). Esta configuración, en la aplicación del derecho y en el razonamiento jurídico, está generalmente motivada: es decir, el órgano de la aplicación o el intérprete justifi-

---

[8] Cfr. L. Prieto, *Sobre principios y normas,* cit.

[9] Cfr. por ejemplo R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto,* Giappichelli, Torino, 1996, esp. pp. 115-45.

[10] Cfr. J. C. Bayón Mohíno, *La normatividad del Derecho. Deber jurídico y razones para la acción,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

[11] Cfr. por ejemplo L. Gianformaggio, *Studi sulla giustificazione giuridica,* Giappichelli, Torino, 1986.

[12] Cfr, J. J. Moreso, *Comefar combaciare i pezzi dei diritto,* en R Comanducci - R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto 1997. Ricerche di giurisprudenza analitica,* Giappichelli, Torino, 1998.

can la configuración de una norma como principio sobre la base de la supuesta presencia de características diferenciales (de tipo estructural y/o funcional) de aquella norma frente a otras reglas del sistema. (Si la configuración es firme en el tiempo, generalmente la motivación falta, y se hace implícitamente reenvío a la justificación ofrecida por otros en el pasado).

Ilustraré esta conclusión desarrollando unas rápidas observaciones ejemplificativas. No obstante, quiero antes subrayar que, en el nivel conceptual, y como consecuencia de los presupuestos metodológicos mencionados al comienzo, el empleo de la noción «principio», en el interior de una teoría descriptiva, como la que estoy procurando presentar, es distinto del empleo en el interior de los procedimientos de producción, aplicación e interpretación dogmática del derecho. Mientras que, en el primer caso, la noción «principio» sirve, como dije, para dar cuenta de los distintos usos de las normas jurídicas, en el segundo caso la noción tiene empleos eminentemente prácticos, y no teóricos: es un instrumento de política del derecho, usado contingentemente por el legislador y por los operadores. Solo haciendo referencia a estas motivaciones prácticas de los actores institucionales del juego del derecho -es decir solo prestando atención a las creencias y a las actitudes, al punto de vista interno, de los operadores-, la teoría puede intentar ofrecer un cuadro realista del derecho vigente.

Vamos ahora a presentar unos ejemplos.

Por lo que se refiere a la fase de producción del derecho, podemos observar que, al menos en la Europa continental desde la posguerra hasta hoy, se asiste a un aumento constante de la formulación de normas expresamente designadas como principios por el legislador, o, de todas maneras, a un aumento de la producción de normas que fácilmente pueden ser configuradas como principios por los intérpretes. Esto no depende solo de la promulgación, en todos los países, de constituciones ricas en principios expresos, sino, más bien, de aquel procedimiento que ha sido llamado de «constitucionalización» de todo el derecho. Se trata de un procedimiento generado por la obra combinada del legislador, de los tribunales constitucionales, de una parte de la jurisdicción y de sectores importantes de la dogmática. El procedimiento, una vez llevado a cabo completamente, conduce a concebir la legislación (primaria y secundaria) como actuación y concretización de los principios constitucionales, que así realizan una presencia penetrante en cada rama del derecho. Ya que la administración y la jurisdicción están también concebidas como actividades de actuación y concretización de la legislación, y, por lo tanto, directa o indirectamente, de los principios constitucionales, todo el sistema jurídico está caracterizado por una fuerte presencia de elementos estáticos, al lado de los tradicionales elementos dinámicos. Si se representa el derecho como un sistema (también) estático, en

el cual las relaciones dominantes entre las normas que lo integran son de contenido, es fácil entender que se pueda hablar de un derecho «principialista»: en un sistema estático cada norma superior -superior desde el punto de vista de cualquier jerarquía axiológica- es configurable como principio frente a las normas inferiores. En abstracto, cualquier norma, a parte aquellas de grado ínfimo, es potencialmente configurable como un principio. Y cada fuente de producción de normas sería, a la vez, limitada en su competencia normativa por principios superiores, y limitaría, a través de la producción de principios, la competencia normativa de las fuentes subordinadas.

Si a esta representación del sistema jurídico, hoy en día muy común al menos en una parte de la dogmática y de la jurisdicción, agregamos algunas premisas adecuadas -relativas a la fuente de los principios fundamentales en una moral objetiva, y a la específica función de los principios en la interpretación del derecho-, es fácil llegar a la conclusión, que Dworkin ha hecho célebre, de que en un derecho «principialista» la indeterminación desaparece, y los órganos de aplicación podrían encontrar, para cada caso, la única respuesta correcta, o al menos la mejor posible. En la última parte de mi exposición discutiré esta conclusión.

Por lo que se refiere a la fase de la interpretación (y de su argumentación), se puede observar que la configuración de una norma como principio, por parte del intérprete, es generalmente funcional a la utilización de técnicas interpretativas y argumentativas que se consideran justamente persuasivas si son empleadas sobre los principios y no sobre las reglas, y, al revés, la no configuración de una norma como principio es funcional al rechazo de técnicas interpretativas y argumentativas que no se consideran «aptas» para los principios si no solo para las reglas. Un único, y bien conocido, ejemplo: la configuración de una norma como principio sirve para favorecer interpretaciones «adecuadoras» del derecho, y a desacreditar las interpretaciones «literales». No configurar la misma norma como un principio tiene efectos exactamente opuestos.

Cabe, sin embargo, confirmar que las diversidades observables en la interpretación de normas, previamente configuradas como principios, frente a la interpretación de normas, previamente configuradas como reglas, son de tipo cuantitativo y no cualitativo: es decir que no son utilizables como parcial verificación empírica de la tesis de la separación fuerte entre principios y reglas.

Por lo que, al final, se refiere a la fase de la aplicación, la configuración de principios desarrolla normalmente un doble papel: por un lado, el papel de permitir una aplicación «ponderada» o «balanceada» de cada norma configurada como principio frente a otras normas configuradas en la misma manera; por el otro, y por consiguiente, el papel de evitar la emersión de anti-

nomias del tipo total-total o total-parcial entre las normas así configuradas[13]. Aun si es empíricamente falso lo que afirma la tesis de la separación fuerte -es decir, que todos y solo los principios se aplican a través de una ponderación, mientras que las reglas se aplicarían a la manera del «todo o nada»-, es estadísticamente verdadero que, sobre todo en la jurisprudencia constitucional, la configuración de principios en la fase de la aplicación es funcional al uso de la técnica de la ponderación.

Podríamos quizás añadir que, mientras que en algunos casos es posible detectar una antinomia entre reglas solo sobre la base de sus formulaciones, generalmente esto no es posible con los principios: podríamos decir, extendiendo ahora el discurso más allá del marco jurídico, que para averiguar la presencia de una incompatibilidad entre principios es preciso examinar la justificación de los mismos principios, en el interior del sistema al cual pertenecen. Me explico.

Me parece que la incompatibilidad entre principios puede ser distinguida entre fuerte y débil. Hay incompatibilidad fuerte si los dos principios son opuestos, en el sentido de que no es posible brindar de ambos una justificación coherente, es decir no es posible subsumirlos en el interior de un mismo sistema ético (moral o jurídico). Hay incompatibilidad débil si los dos principios son divergentes, en el sentido de que, aun si es posible brindar de ambos una justificación coherente, es decir subsumirlos en el interior de un mismo sistema ético, las consecuencias de su aplicación práctica son, entre ellas, a veces contradictorias. En este caso, para solucionar el conflicto, haría falta recurrir a la jerarquía interna del sistema ético al cual pertenecen, siempre que haya una.

Este último sería el caso del conflicto entre principios jurídicos, según la opinión de muchos tribunales constitucionales y teóricos del derecho. Los principios jurídicos fundamentales, en efecto, serían a menudo incompatibles en sentido débil entre sí, y puestos en el mismo nivel jerárquico. La actividad de ponderación, desde luego, se desarrolla caso por caso, sobre la base de una jerarquía entre los principios que solo es relativa al caso en cuestión, y está decidida por el órgano de aplicación, o por el intérprete, «a la luz de los intereses en juego», es decir, para una teoría realista, sobre la base de las opciones valorativas de quien decide la aplicación o la interpretación. Esto será un elemento de gran importancia en la parte final de mi exposición, relativa a la conexión entre configuración de principios e indeterminación del derecho.

2.2. Fuente

Para acabar esta visión panorámica sobre los principios jurídicos, me queda por decir algo sobre los debatidos problemas de la fuente (o de las fuentes) y de la clasificación de los principios.

---

[13] Cfr. R. Guastini, *Distinguendo,* cit., pp. 142 ss.

Respecto a la fuente, me interesa solo tratar brevemente una cuestión.

Para la vulgata positivista, la fuente de los principios jurídicos no representa ningún problema, ya que no puede ser más que el mismo derecho: los principios o son el significado de una disposición de derecho válido, o bien son sacados, por medio de una generalización, de un conjunto de disposiciones de derecho válido.

El desafío al positivismo, propuesto por Dworkin y otros, consiste, en cambio, en afirmar que la fuente última de los principios jurídicos (al menos de los principios fundamentales) es la moral y no el derecho. Con una doble consecuencia, supuestamente teórica: a) que derecho y moral, a través de los principios fundamentales, formarían un sistema único; y b) que el positivismo jurídico, con la caída de uno de sus aspectos centrales, lo de la separación entre derecho y moral, no sería más una postura teórica defendible, ya que no sería capaz de describir en forma acabada lo que justamente pretende que es su objeto, o sea el «derecho como es».

En otra ocasión he sostenido[14] -y en los mismos términos se ha expresado Bulygin[15]- que este desafío al positivismo no da en el centro del blanco. En efecto el positivismo metodológico, el único defendible en mi opinión, a diferencia de la vulgata positivista, solo afirma aquella que llamaría la tesis de la no conexión identificativa necesaria entre derecho y moral: en otras palabras, la tesis según la cual no hace falta que el teórico, para identificar el derecho, asuma un punto de vista moral. Para el positivismo metodológico, siguiendo a Kelsen, es la teoría que debe ser pura, no el derecho, que de hecho puede tener y tiene muchas conexiones con la moral. Por ejemplo, un positivista metodológico puede admitir sin dificultad que hoy, en la praxis de los tribunales, especialmente de aquellos constitucionales, se recurre a principios morales. Esta praxis está estimulada por los partidarios de la tesis de la separación fuerte, la cual, probablemente, más que como una teoría, es interpretable como una doctrina normativa que sugiere, entre otro, a los jueces, según la expresión del último Dworkin[16], una «lectura moral de la constitución».

Pero, desde el punto de vista del positivismo metodológico, aun si en la praxis de los tribunales constitucionales se realiza a veces la que podríamos llamar conexión justificativa entre derecho y moral, esta conexión no se realiza siempre: no es necesaria, si bien contingente. En cambio, en las orga-

---

[14] Cfr. P. Comanducci, *Diritto, morale e politica,* en «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXVII 2, 1997, pp. 365-78.

[15] Cfr. E. Bulygin, *Is There a Conceptual Connection Between Law and Morality?,* en A. Aarnio, K. Pietilä, J. Uusitalo (eds.), *Interests, Morality and the Law,* University of Tampere, Tampere, 1996.

[16] Cfr. R. Dworkin, *Freedom's Law,* Oxford UP, Oxford, 1996.

nizaciones jurídicas contemporáneas, todavía hoy en día es necesario, aun cuando se usan en la argumentación algunos principios morales, hacer referencia explícita a una fuente de derecho válido. Ninguna decisión solo está justificada por referencia a unos principios morales: ellos, desde un punto de vista jurídico, solo son instrumentos retóricos empleados para fundamentar una decisión, que es generalmente reconocida como jurídica solo por el hecho que fue tomada por órganos del Estado.

2.3. Clasificación

Un argumento ulterior que ha sido presentado (sobre todo por Guastini[17]) en general en contra de la tesis de la separación fuerte, y en particular en contra de Dworkin, es aquel de la heterogeneidad de los principios. En efecto, si examinamos la jurisprudencia y la dogmática, es fácil darse cuenta que se reúnen, bajo el nombre de principios, normas que tienen distinta estructura lógica y que desarrollan funciones diferentes. Desde luego, las supuestas características comunes, que tendrían que distinguir los principios frente a las reglas, son en realidad propias, según los casos, solo de algunos de ellos, y no de los demás.

La pluralidad y la heterogeneidad de los principios, sin embargo, plantea también el problema de su clasificación. Pero no quiero aquí ocuparme de esto. Me limito a señalar, como especialmente fecundas desde el punto de vista teórico, las clasificaciones basadas sobre la función, el alcance y la fundamentalidad de los principios[18]. Como siempre pasa con las clasificaciones, sin embargo, su utilidad es directamente dependiente de los fines por los cuales están elaboradas. No tiene sentido, por lo tanto, comparar entre sí dos distintas clasificaciones, si son diferentes los fines para los cuales han sido construidas (por ejemplo, una para fines teóricos, la otra para fines prácticos), y si son diferentes sus usos.

3. Indeterminación del contenido del derecho

Pasamos ahora a presentar una sencilla noción de determinación/indeterminación del derecho, para concluir después con un análisis de como la

[17] Cfr. por ej. R. Guastini, *Dalle fonti alle norme,* 2a ed., Giappichelli, Torino, 1992; Id., *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* Giuffrè, Milano, 1993; Id., *Il principi di diritto, en Il diritto dei nuovi mondi,* CEDAM, Padova, 1994, pp. 193-207; Id., *Il giudice e la legge. Lezioni di diritto costituzionale,* Giappichelli, Torino, 1995; Id., *Principi di diritto, en Digesto IV Edizione,* vol. XIV Civile, UTET, Torino, 1996, pp. 341-55.

[18] Cfr. N. Bobbio, *Principi generali di diritto* (1966), ahora en Id., *Contributi ad un dizionario giuridico,* Giappichelli, Torino, 1994, pp. 257-79.

configuración de principios afecta la determinación/indeterminación del derecho.

Reitero que, en coherencia con los presupuestos metodológicos enunciados al comienzo, he tomado frente a la cuestión un punto de vista externo moderado, que tiene que ser cuidadosamente distinguido del punto de vista práctico (por ejemplo de un juez que tiene que justificar una decisión).

Ahora bien, me parece que el problema de la determinación/indeterminación del derecho es el problema epistemológico relativo a la cognocibilidad/incognocibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones. El contenido del derecho está determinado frente a una acción si son cognocibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente determinado si son cognocibles las consecuencias jurídicas de cada acción; al revés, el contenido del derecho está indeterminado frente a una acción si no son cognocibles las consecuencias jurídicas de aquella acción, y está totalmente indeterminado si no son cognocibles las consecuencias jurídicas de ninguna acción. Desde luego, el derecho está parcialmente determinado (o, lo que es lo mismo, parcialmente indeterminado) sí son cognocibles las consecuencias jurídicas de algunas acciones, pero no de otras.

Son dos los momentos conceptualmente relevantes: el primero es anterior al cumplimiento de una acción (o, en abstracto, de cada acción futura); el segundo es sucesivo. Respecto a estos dos momentos, podemos individualizar una determinación/indeterminación *ex ante* y una *ex post.* El contenido del derecho está determinado/indeterminado *ex ante* si son seguramente previsibles/no previsibles las consecuencias jurídicas de acciones futuras; está determinado/indeterminado *ex post* si se pueden/no se pueden reconstruir las consecuencias jurídicas de acciones pasadas.

Por supuesto el problema interesante aquí es lo de la determinación/indeterminación *ex ante.* Kelsen y Hart, como todo el mundo sabe, han afirmado ambos la tesis de la parcial indeterminación *ex ante* del derecho: el primero ha puesto el acento sobre la estructura dinámica del sistema jurídico, que lleva el derecho a desarrollarse en el tiempo, sobre la base de actos de voluntad cuyo contenido no es completamente previsible; el segundo ha puesto el acento sobre la *open texture* del lenguaje jurídico, que deja un margen de discrecionalidad a los jueces en la solución de los casos difíciles, generando, de nuevo, la parcial imprevisibilidad de las decisiones judiciales.

El contenido del derecho está, desde luego, al menos parcialmente indeterminado *ex ante,* aun si es determinable (y por lo tanto generalmente determinado *ex post*). Es más: en las organizaciones jurídicas modernas, los jueces tienen la obligación de determinar el contenido del derecho, frente a una acción o a un conjunto de acciones sometidas a su juicio. Para los jueces, en-

tonces, y para los que adoptan un punto de vista interno, el derecho no solo es determinable, sino tiene que serlo. Pero este punto de vista no es el externo, *detached,* de la teoría. Insisto: no tenemos que confundir la actividad cognoscitiva, en este caso predictiva, de la teoría, con la actividad práctica de quien, en una cultura todavía impregnada por la ideología positivista, tiene que determinar el derecho, y motivar su actividad, y por lo tanto tiene que actuar *como* si el derecho fuera completamente determinado *ex ante.*

Las causas, bien conocidas, de la parcial indeterminación del derecho son, fundamentalmente, aquellas, estructurales y lingüísticas, indicadas por Kelsen y Hart. Quizás a éstas podríamos añadir una causa, por así decir, «subjetiva»: el legislador, pero también las jurisdicciones supremas[19], formulan a menudo las normas de una manera que hace indeterminable *ex ante* su contenido. Y esto no pasa solo por incapacidad técnica, o por razones de acuerdo político: a veces se trata de una elección consciente, que tiende a delegar en otras instancias normativas el poder de reducir la indeterminación.

4. Principios e indeterminación

Ha llegado el momento de combinar lo que dije sobre los principios jurídicos y la noción de indeterminación, y de preguntarse de que manera la configuración de algunas normas como principios afecta la indeterminación del derecho.

Como es bien conocido, y como he mencionado antes, Dworkin afirma la tesis de que un derecho, formado, además de reglas, por principios fundamentales que tienen su fuente en una moral objetiva, es, o puede tendencialmente llegar a ser, totalmente determinado (es la famosa tesis de la unidad de solución justa, o correcta, criticada, entre otros, por Aarnio). Me parece que así Dworkin no distingue ni entre determinación *ex ante* y *ex post,* ni entre el problema teórico de la cognocibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones y el problema práctico de la justificación de las decisiones judiciales.

Desde el punto de vista teórico, que es el que he escogido, y dejando a un lado la cuestión de la determinación *ex post,* el único problema interesante es el de la determinación *ex ante:* ¿cuál es el efecto de la configuración de principios en la determinación/indeterminación *ex ante*? Desde esta perspectiva, la respuesta de Dworkin es inaceptable, ya que la configuración de los principios, que son una *species* del *genus* normas, no puede eliminar totalmente las causas estructurales, lingüísticas y subjetivas de la par-

[19] Cfr. por ej. G. Parodi, *La sentenza additiva a dispositivo generico,* Giappichelli, Torino, 1996.

cial indeterminación del derecho. Pero podemos preguntamos si podría disminuirla.

Creo que la indeterminación podría quizás disminuir si se dieran al menos estas condiciones: 1) si existiera una moral objetiva, conocida y cumplida por los jueces (o, lo que es lo mismo, si existiera una moral positiva, conocida y cumplida por los jueces); 2) si los jueces siempre cumplieran con las prescripciones de Dworkin (o de Alexy), y construyeran un sistema integrado de derecho y moral, internamente consistente, de modo que, con la ayuda de los principios, pudieran escoger para cada caso la única solución justa, o correcta, o al menos la mejor. Bajo esas condiciones la promulgación de principios, hecha por el legislador, o la configuración de principios, hecha por los jueces y la dogmática, podrían disminuir la indeterminación *ex ante* del derecho.

Pero, en la realidad, estas condiciones no se dan. Y esto es así no tanto por discutidas razones meta-éticas, que afirman la inexistencia de una moral objetiva, sino por razones fácticas. En efecto: a) aun si existiera, la moral objetiva no es conocida o compartida por todos los jueces; b) no existe, en nuestras sociedades, una moral positiva compartida por todos los jueces (nuestras sociedades, cada día más, se caracterizan por un pluralismo ético); c) los jueces no son coherentes en el tiempo con sus decisiones, ni construyen un sistema consistente de derecho y moral para solucionar los casos; d) los jueces no siempre argumentan y deciden racionalmente (cualquiera sea el sentido, aun el más débil, de esta palabra).

Bajo condiciones reales, y no ideales, la configuración de principios puede ayudar a los jueces a encontrar siempre una justificación *ex post* para sus decisiones, pero no parece disminuir, si no aumentar la indeterminación *ex ante* del derecho. Y esto me parece que es así por tres razones principales:

1) porque uno de los rasgos más comunes de las normas que están configuradas como principios es su mayor vaguedad frente a las otras normas, y por lo tanto este rasgo incrementa en vez de disminuir la indeterminación *ex ante;*

2) porque, y por consiguiente, la promulgación y la configuración de principios, en ausencia de una moral común, aumenta la discrecionalidad de los jueces, que pueden decidir los casos haciendo referencia a sus propias, y subjetivas, concepciones de la justicia, y esto también, por supuesto, acrecienta la indeterminación *ex ante;*

3) porque la peculiar manera de aplicar las normas configuradas como principios, es decir la ponderación de los principios caso por caso, en ausencia de una jerarquía estable y general entre los principios, aumenta, ella

también, la discrecionalidad de los jueces y la indeterminación *ex ante* del derecho.

5. Conclusión

De lo que he dicho no quisiera que se saque la conclusión de que no haya buenas razones para promulgar principios, o para configurarlos o ponderarlos. Creo que hay buenas razones para hacerlo.

Pero lo que no creo es que, en la situación actual, promulgar o configurar principios sean actividades que persiguen directamente (como parece creer Dworkin) el valor de la seguridad jurídica. Estas actividades persiguen, en mi opinión, otros objetivos, quizás igualmente o más valiosos: como la adecuación del derecho a los cambios sociales, la toma de decisiones «al por mayor»[20], el proporcionar pautas generales a los órganos inferiores, el establecer objetivos de reforma social, la delegación del poder de determinar el contenido del derecho, o sea, generalmente, la étero y/o la autoatribución a los jueces de una parte del poder normativo, etc.

Lo que he dicho hasta aquí, adoptando un punto de vista teórico, por supuesto no responde a la pregunta central que se plantean los operadores del derecho y los participantes: ¿Qué hacer? En particular: ¿Qué hacer con los principios? ¿Tenemos o no que configurarlos? ¿Cómo debemos interpretarlos y aplicarlos? etc. Pero espero que ofrezca instrumentos conceptuales y elementos empíricos que puedan servir al momento de tomar decisiones jurídicas.

Quizás todo esto parezca muy poco para quienes esperan de la teoría del derecho soluciones prácticas, pero creo que esto es todo lo que una teoría no valorativa puede ofrecer, si no quiere perder su *status* teórico, y hacer, además a escondidas, política del derecho.

[20] La expresión es de M. Jori, *Il formalismo giuridico,* Giuffrè, Milano, 1980, p. 5.

LA NORMA FUNDAMENTAL. ENTRE LA AUTOCONTRADICCIÓN Y LA FUTILIDAD

Dante Cracogna
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

1. El tema de la norma fundamental después de Kelsen

Resulta remanido afirmar que el pensamiento de Kelsen experimentó una significativa evolución a lo largo de su extensa producción, y particularmente en los últimos años de su vida. Esta evolución -que ha sido considerada de diferente manera por los estudiosos[1]- se advierte en distintos temas de su obra, pero es significativamente relevante en cuanto a la teoría de la norma fundamental. Ello es así puesto que la evolución que a dicha teoría atañe repercute necesariamente en toda la construcción kelseniana.

El propio Kelsen ha sostenido que la norma fundamental es central en su teoría y constituye su tema más representativo[2] y de igual manera lo reconoce la doctrina en general, bastando mencionar -por todos- a Cossio quién lo puntualizó tempranamente en forma muy precisa y categórica[3].

De lo dicho se desprende que toda crítica a la teoría de la norma fundamental involucra inevitablemente una crítica a la Teoría Pura en su conjunto[4] y que los cambios experimentados por las ideas de Kelsen en esta materia constituyen modificaciones a la totalidad de la Teoría, aunque él mismo no lo admita expresamente.

---

[1] Cfr. Mario G. Losano, «La dottrina pura dal logicismo all'irrazionalismo», estudio introductorio a Hans Kelsen, Teoria generale delle norme, a cura di Mario G. Losano, trad. Mirella Torre, Giulio Einaudi Ed., Torino, 1985, págs. LVI y ss.

[2] Así lo afirma en «On The Basic Norm», California Law Review, March 1959, Nº 1, pág. 107 y en «El profesor Stone y la Teoría Pura del Derecho», trad. R.I.W. de Ortiz y J.A. Bacqué, en Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1969, pág. 68.

[3] Dijo Carlos Cossio que la norma fundamental es el «centro mismo» de la Teoría Pura del Derecho («Prólogo» a Hans Kelsen, La Teoría Pura del Derecho. Introducción a la problemática científica del derecho, trad. J. Tejerina, Losada, Buenos Aires, 1946, pág. 9).

[4] Cfr. Dante Cracogna, «En tomo a la norma básica», en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Nº 13, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, págs. 193 y ss. Especialmente demostrativa de este aserto es la crítica de Albert Calsamiglia en Kelsen y la crisis de la ciencia jurídica, Ariel, Barcelona, 1978.

A casi un cuarto de siglo de la muerte de Kelsen, cuando su producción ya ha sido motivo de exhaustivo estudio, tanto en sí misma y a lo largo de su evolución como en relación con las distintas teorías contemporáneas y posteriores a la suya, continúa siendo de interés -y quizás más que antes- la reflexión crítica acerca de sus presupuestos y postulados fundamentales. Tal vez ahora, pudiendo apreciar en perspectiva las mutaciones del pensamiento kelseniano, resulte más fundado efectuar una evaluación de su significado procurando su comprensión más cabal.

2. Significado inicial y significado final de la norma fundamental en la teoría de Kelsen

La cuestión central en tomo a la norma fundamental finca en su diferente significado en la obra de Kelsen que culmina con la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho y en la etapa posterior. Tal diferencia lleva, incluso, a preguntar: ¿cuál norma fundamental? pues, evidentemente, bajo una misma denominación se cobijan dos diferentes objetos.

En la primera etapa el sentido es claramente kantiano, conforme con el cual la norma fundamental aparece como una verdadera categoría que posibilita el conocimiento del derecho como un sistema o conjunto de normas con fundamentación unitaria. Cossio puso énfasis en este significado gnoseológico, destacando la importancia que para el conocimiento jurídico tenía esta noción original de Kelsen[5]. Bobbio, por su parte, hizo hincapié en el aporte fundamental de Kelsen a la concepción del Derecho como sistema, en la cual desempeña un papel central la norma fundamental[6].

En la segunda edición de la Teoría Pura se lee este párrafo revelador: «puede designarse a la norma fundante básica, tal como es representada por la ciencia del derecho, y si cabe recurrir per analogiam a un concepto de la teoría kantiana del conocimiento, como la condición lógico-trascendental de esa interpretación.» Y se agrega, explicando y precisando el sentido de la oración: «Así como Kant pregunta cómo es posible una interpretación, libre de toda metafísica, de los hechos dados a nuestros sentidos en las leyes naturales formuladas por la ciencia natural, la teoría pura del derecho pregunta: ¿cómo es posible la interpretación, que no eche mano de autoridades metajurídicas, como dios o la naturaleza, del sentido subjetivo de ciertos hechos, como un sistema de normas jurídicas válidas objetivamente, describi-

[5] Dante Cracogna, «Acerca de la norma fundamental en Cossio», en Anuario de Filosofía Jurídica y Social, Nº 7, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, pág. 137 y ss.

[6] Norberto Bobbio, «Estructura y función en la teoría del derecho de Kelsen», en Contribución a la Teoría del Derecho, trad. y estudio preliminar de Alfonso Ruiz Miguel, Fernando Torres Editor, Valencia, 1980, pág. 251.

bles en enunciados jurídicos? La respuesta gnoseológica de la teoría pura del derecho es: bajo condición de que se presuponga la norma fundante básica "uno debe comportarse como la constitución lo prescribe"[7]...»

En la última etapa kelseniana la norma fundamental (como toda otra norma jurídica) es el sentido de un acto de voluntad[8], por lo cual resulta necesario encontrar una voluntad detrás de ella. Como la norma fundamental no es norma positiva (puesta) su naturaleza es la de una ficción; por ende, detrás de ella debe existir una voluntad también ficticia. Dice reveladoramente la obra póstuma de Kelsen: «La norma fundamental de un ordenamiento moral o jurídico positivo es, como resulta de lo antedicho, una norma no positiva sino simplemente pensada y, por tanto, una norma ficticia que es el sentido de un acto de voluntad no real sino también ficticio. Como tal esa es una ficción auténtica o "propia" en el sentido de la filosofía del "como si" de Vaihinger, ficción caracterizada no solo por una contradicción con la realidad sino por una contradicción interna.» Más adelante concluye diciendo: «Se advierte, por tanto, que la norma fundamental en el sentido de la filosofía del "como si" de Vaihinger no es una hipótesis, como antes la definí yo mismo, sino una ficción que se distingue de una hipótesis por el hecho que está acompañada, o debe estarlo, de la conciencia de que no corresponde a la realidad[9].»

Resulta evidente que se trata de dos nociones muy diversas, por lo que es imperioso distinguirlas ya que Kelsen continúa llamándolas de la misma manera a pesar de que él mismo se encargó de puntualizar sus diferencias[10]. De forma, pues, que necesariamente deben formularse precisiones cuando se hace referencia a esta cuestión y con más razón cuando se le dirigen críticas.

3. ¿Qué queda de la norma fundamental original?

Cabe preguntarse si todavía tiene sentido hablar de la norma fundamental utilizando esta denominación empleada por Kelsen en su primera etapa y hasta 1960 o si, por el contrario, ya no debe utilizársela con valor actual sino solamente con sentido histórico, es decir referida a un determinado momento del pensamiento kelseniano. En suma: ¿puede legítimamente conti-

---

[7] Hans Kelsen, Teoría Pura del Derecho, 2a. edición, trad. de Roberto Vernengo, UNAM, México, 1979, págs. 209-210.

[8] Hans Kelsen, Teoria generale delle norme, cit., pág. 3.

[9] Hans Kelsen, Teoria generale delle norme, cit., págs. 434-435.

[10] Así lo sostuvo en el recordado coloquio de Salzburgo de 1962 y posteriormente en el artículo «Die Funktion der Verfassung», Forum, 11, Wien, 1964, traducido y publicado por Ian Stewart en su artículo «The Basic Norm as Fiction», en Juridical Review, Edinburgh, Nº 25, 1980, págs. 214 y ss.

nuar usándose una expresión que nació con un cierto y preciso significado para nombrar otra cosa distinta?

Sin caer en nominalismo, puede afirmarse que la norma fundamental posterior a 1960 ya no es, en rigor, «la» norma fundamental pese a seguir llamándola de igual manera.

Sentado que se trata de cosas diferentes cabe, entonces, preguntarse si queda algo de la norma fundamental original o si ésta se ha esfumado por completo al conjuro de las nuevas ideas de su creador; si el voluntarismo de nuevo cuño ha barrido totalmente el antiguo concepto o bien permanece todavía algo de aquél. Y en caso de afirmarse la subsistencia de algún remanente ¿de qué se trata?

La tónica final de Kelsen parece orientarse hacia un cierto irracionalismo de carácter voluntarista, como lo llama Losano[11], lo cual equivale a una variante del realismo toda vez que la voluntad es un dato fáctico, propio de la realidad. De tal suerte, el sentido esencial de la norma fundamental original desaparece, puesto que ya no se trata de un supuesto gnoseológico a la manera de las categorías kantianas.

Sin embargo, no es sólo ésa la función atribuida a la norma fundamental. En realidad, como dice Vernengo[12], son tantas las funciones adjudicadas a esta norma que solamente por milagro podría cumplirlas. Por lo tanto, es dable pensar que aun habiendo perdido su carácter principal, sobreviva alguna otra función propia de ella que justifique su permanencia.

4. La unidad del Derecho y la función sistematizadora

Parecería que la norma fundamental continuara siendo necesaria para cumplir el cometido de fundar la unidad del derecho y determinar el criterio de identificación de normas y ordenamientos jurídicos.

En efecto, habiendo sido despojada de su naturaleza original de hipótesis o supuesto gnoseológico, queda en pie, no obstante, la función unificadora, ordenadora y sistematizadora de la norma fundamental. Vale decir que ésta continúa desempeñando una tarea de significativa importancia teórica en el campo de la ciencia jurídica.

Dicha tarea ha sido reconocida aún por los críticos de Kelsen y de su teoría de la norma fundamental, siendo destacable el caso de Ross[13]. En suma, se reconoce que para poder hablar de sistema jurídico es necesario re-

---

[11] Cfr. Mario G. Losano, La dottrina pura del diritto dal logicismo all'irrazionalismo, cit., pág. LIX.

[12] Roberto J. Vernengo, «La función sistemática de la norma fundamental», en Revista Jurídica de Buenos Aires, 1960, I-II, pág. 220.

[13] Dante Cracogna, «Sistema jurídico, validez y norma fundamental en Alf Ross», en Revista de Ciencias Sociales, Universidad de Valparaíso, Nº 25, T. I, págs. 227 y ss.

currir a la noción de la norma fundamental, aunque simultáneamente se descalifiquen otros aspectos de ella o se critique -básicamente- la naturaleza que le adjudicó Kelsen, sea en su origen o en su etapa final.

La cuestión es que con Kelsen se instaló en forma definitiva dentro del campo del estudio científico del derecho, la consideración de éste como sistema de normas. Alchourrón y Bulygin[14] lo señalan claramente cuando se refieren al carácter de la ciencia jurídica a la que califican como sistematizadora.

5. Conclusión

Las numerosas y diversas críticas que se han dirigido a la norma fundamental en su concepción vigente hasta 1960 han solido estar basadas en la naturaleza de supuesto que ella tenía entonces. Las críticas que se le han dirigido con respecto a la última etapa de Kelsen apuntan -en cambio- a cuestionar su inconsistencia con la primera, descalificándola por contradictoria o bien postulando, sencillamente, su eliminación por supuestamente innecesaria o superflua.

En rigor, más allá de cuestionamientos ideológicos o fundados en apreciaciones de orden filosófico o, inclusive, semántico, resulta difícilmente cuestionable la utilidad teórica que presta a la labor científico jurídica la norma fundamental, particularmente por su aporte a la sistematización del objeto del conocimiento jurídico. Su valor epistemológico resulta así relevante.

[14] Carlos E, Alchourrón y Eugenio Bulygin, Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales, Astrea, Buenos Aires, 1975, pág. 113.

LA AXIOLOGÍA JURÍDICA Y LA SELECCIÓN DE MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN

Julio C. Cueto Rúa
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

I. Introducción

Los métodos de interpretación del Derecho son múltiples. Mencionarlos y describirlos le llevaron tres gruesos volúmenes a Antonio Hernández-Gil (*Metodología de las Ciencias del Derecho,* segunda edición, Madrid, España). Ellos registran diferencias sustanciales entre sí y, en consecuencia, también difieren las conclusiones obtenidas por quienes los aplican.

Los juristas comprenden el significado de los métodos en el proceso de adquisición de conocimientos bajo la pretensión de que dichos conocimientos sean considerados científicos.

El método de adquisición de conocimientos científicos debe adecuarse a la índole del objeto a conocer. Así un objeto empírico -como una tormenta tropical- que se da en el espacio y en el tiempo es cognoscible científicamente mediante el empleo de un método empírico. Un objeto ideal, como una relación lógica, o una proposición matemática o una serie numérica es cognoscible mediante el empleo de un método racional. Un objeto cultural como una pintura o una sinfonía o una acción humana en curso de desarrollo es cognoscible por la comprensión de su sentido. Así, tres clases diferentes de objetos susceptibles de ser conocidos (los objetos naturales, los objetos ideales, los objetos culturales) sólo pueden ser conocidos científicamente por métodos acordes con las características propias del objeto a conocer.

En el caso del conocimiento llamado conocimiento científico del Derecho, el método a utilizar por el sujeto cognoscente debe ser un método adecuado a las características del Derecho, objeto a conocer. Sin embargo, como se sabe, no se ha logrado entre los juristas una coincidencia satisfactoria acerca de la índole esencial del objeto de su preocupación teorética.

En la Historia de la Ciencia del Derecho se encuentran diversas concepciones filosóficas acerca del objeto Derecho. Para el jusnaturalismo, el De-

recho es Justicia, un valor; para el racionalismo dogmático, el Derecho es norma, un objeto racional; para el realismo jurídico, el Derecho es comportamiento humano, un objeto cultural.

Se está ante tres clases de objetos. En la medida en que el método de conocimiento se adecue a las características esenciales de los objetos, los métodos serán intuitivos, racionales o empírico respectivamente. Como subsisten diferencias sustanciales acerca de la naturaleza del Derecho como objeto, según se ha visto, subsisten igualmente diferencias acerca de la característica de los diversos métodos jurídicos.

II. Los métodos, los jueces y los abogados

Los jueces se encuentran frente al litigio sometido a su consideración para poner fin a la disputa mediante la aplicación del Derecho. A este efecto cuentan con los diversos métodos de interpretación del Derecho desarrollados a lo largo de la historia del Derecho. Estos métodos pueden llevar a resultados similares o, lo que es más común, pueden llevar a diferentes resultados. Si ello es así, como lo muestra la experiencia cotidiana de los Tribunales, surge el delicado problema de la selección del método interpretativo a aplicar para la resolución de la controversia. Si los métodos llevan a diferentes resultados, el juez no sólo enfrenta la dificultad de identificar el Derecho aplicable. Debe, además, elegir el método de interpretación a aplicar en el caso.

La historia de la Ciencia del Derecho pone de manifiesto dos aspectos de la máxima importancia en esta materia: *Primero:* no existe una jerarquía de métodos interpretativos, de manera tal que pueda sostenerse una cierta prioridad en la aplicación de un determinado método. *Segundo:* no existe un método para la elección de un método. El juez se encuentra, por lo tanto, frente a una doble selección, la del Derecho aplicable y la del método interpretativo.

El positivismo exegético francés que surgió con la redacción y la aplicación del Código Napoleón afirmó la prioridad de un método gramatical de interpretación del Derecho. Se identificó al Derecho con la ley sancionada por los representantes del pueblo. La ley era una norma general, expresada mediante palabras del lenguaje natural. Cuando éstas eran claras, el Juez debía atenerse al significado gramatical de las mismas. Los legisladores habían hablado y los jueces debían atenerse a sus palabras. Ello concordaba con la ideología que inspiró la Revolución francesa. El pueblo era soberano pero se manifestaba a través de sus representantes. Conocer el derecho era conocer las palabras pronunciadas por los representantes del pueblo. Cuando esas palabras eran claras ahí terminaba el proceso interpretativo de los jueces. El método interpretativo era gramatical. Traducía una cen-

tenaria tradición cuyo origen se remontaba a los glosadores y post-glosadores en épocas medievales.

La historia de las Ciencias del Derecho puso de manifiesto el corto alcance del método interpretativo gramatical. Por lo pronto, las palabras del lenguaje natural son ambiguas, i.e. acreditan diversos significados. Basta abrir un diccionario para comprenderlo. Pero, además, las palabras son vagas. Ellas exhiben un núcleo de clara significación, rodeado de un halo de incertidumbre significativa. La palabra «automóvil» alude con cierta claridad a un vehículo autopropulsado por un motor a explosión guiado por un sistema de conducción cuyo desplazamiento se apoya en cuatro ruedas, equipado con asientos para un conductor y pasajeros. ¿Y si el vehículo sólo tiene tres ruedas? ¿Procede llamarlo automóvil?

Las palabras son «claras» cuando los objetos mencionados por ellas son claros, pero cuando estos objetos acusan modificaciones, alteraciones, mutaciones, es decir, cuando es la realidad la que pierde claridad como consecuencia del cambio, entonces las palabras que antes eran claras, dejan de serlo.

Como el Derecho es un objeto cultural histórico el cambio es inevitable. De ello tenemos conciencia porque así se lo intuye de una manera constante en nuestra existencia cotidiana. En consecuencia, palabras que eran «claras» antes del cambio, se transforman en palabras ambiguas o vagas, cuando el cambio se produce.

En la concepción clásica de la Escuela francesa de la exégesis, si las palabras del legislador no eran claras, correspondía averiguar lo querido por el Legislador. Tal averiguación constituía un proceso de índole histórico. Los legisladores eran hombres racionales, inspirados por ciertas aspiraciones, dedicados a la tarea de lograr ciertos objetivos. Las leyes por ellos sancionadas eran el producto de una actividad creadora, dedicada a la consecución de determinadas finalidades. Por lo tanto, frente a palabras ambiguas o vagas pronunciadas por los legisladores en el acto de legislar, debía atribuirse a las palabras vagas o ambiguas aquel significado que fuera consistente con las motivaciones o razones de los legisladores. Buscar la intención de los legisladores ampliaba considerablemente el campo de la investigación: le daba a jueces y abogados y juristas una amplia gama de posibilidades interpretativas. En efecto, eran múltiples, los motivos que alentaban a los legisladores, quienes, por otro lado, también acreditaban diferencias entre ellos mismos. Por otro lado, los legisladores participaban, con su actividad legislativa, de un largo proceso histórico en el que se identificaban diversas tendencias, objetivos, creencias y diferencias. No se estaba ante un proceso lineal de amplia consistencia lógica, sino de ajustes y cambios de diverso grado de intensidad y duración.

Este método exegético, pues, colocaba en manos de los jueces y abogados múltiples posibilidades interpretativas. Las ricas y reiteradas modificaciones de la realidad en que actuaban los unos y los otros suministraban a los intérpretes diversas posibilidades metódicas.

Fuertes núcleos del pensamiento jurídico alemán se inclinaron a seguir un camino diferente cuando se encontraron frente al obstáculo consistente en la ambigüedad y la vaguedad de las palabras utilizadas para enunciar normas jurídicas generales.

Bajo la inspiración de Savigny y teniendo a la vista el ciclo histórico consumado del Derecho Romano, la doctrina alemana creyó posible extraer de ese objeto histórico conceptos jurídicos capaces de trascender su carácter mutable y finito para transformarse en un sistema lógico que pudiera suministrar el conjunto de las significaciones abstractas generales (las definiciones, las «naturalezas jurídicas», los conceptos esenciales) con ayuda de las cuales se podían eliminar las contradicciones, y las divergencias, que se pudieran encontrar en el sistema jurídico nacional. Formuladas por los juristas alemanes las definiciones básicas (por ejemplo personas, acto jurídico, capacidad, posesión, propiedad, usufructo, uso, compraventa, mandato, sociedad, arrendamiento, cesión de derechos, compensación, prescripción, privilegio, sucesión, transmisión *inter vivos,* transmisión *mortis causa,* etc.), se procedía a su clasificación conforme a ciertas ideas. Se constituía así una Ciencia normativa del Derecho cuyos enunciados hacían posible disolver las contradicciones y eliminar las «lagunas» aparentes del sistema jurídico. El Derecho se presentaba como un todo, coherente y completo. A partir de las definiciones, las «naturalezas jurídicas», y las teorías era posible desarrollar por vía deductiva conclusiones aplicables en el tratamiento y la resolución de conflictos. El Derecho ganaba así un elevado grado de cohesión y consistencia que eliminaba divergencias, y permitía afianzar el orden en el seno del grupo social.

Por este excepcional grado de coherencia el pueblo alemán debió pagar un precio, en términos de sentencias duras, implacables, ajenas a las múltiples peculiaridades de cada caso. Ya lo admitió el viejo Ihering cuando decidió abandonar el mundo de los conceptos para descender al mundo de los intereses, y cuando adoptó una concepción teleológica para hacer del Derecho un instrumento que permitiera alcanzar objetivos valiosos.

III. La selección del derecho y la selección de los métodos interpretativos

La experiencia cotidiana en los Tribunales, en las entidades civiles, comerciales, económicas, en las asociaciones culturales, religiosas, en las instituciones políticas, pone de manifiesto la posibilidad de aplicar diversas normas legales, jurisprudenciales y consuetudinarias y de seguir más de una

doctrina, de modo tal que se hace necesario seleccionar algunas normas para lograr un determinado resultado, dejando de lado otras normas jurídicas, igualmente aplicables al caso, pero que llevan a resultados diferentes.

El pensamiento clásico desarrollaba sus tesis y sus conclusiones porque presuponía que cada norma exhibía *un cierto* significado y era aplicable a cierta clase de hechos. Recibida *la* norma aplicable entonces entraba a jugar el método deductivo. De esta manera quedaba oculto y disimulado el momento crucial de la selección de una o más normas jurídicas, dejando de lado otras normas igualmente aplicables, pero que llevaban a conclusiones distintas. La selección de la norma aplicable no era un proceso lógico, sino axiológico.

La lógica ponía al alcance de los operadores del Derecho diversas normas aplicables, pero la lógica no le permitía elegir una determinada norma y relegar las otras a un segundo plano en el que perdieran gravitación en la decisión del caso.

El Juez, arquetipo del sujeto cognoscente como lo destacaba Cossio, elegía la norma que le permitía hacer justicia en el caso. Ello implicaba realizar en medida equilibrada y racional todos los valores jurídicos, el orden, la seguridad, la paz, el poder, la cooperación, la solidaridad y la justicia.

El reconocimiento del fundamento axiológico del proceso selectivo de las normas que habrán de ser aplicadas al caso ha venido ganando aceptación a lo largo de la corriente centuria. Basta mencionar el Derecho natural existencial, la Escuela de la Institución, el pensamiento neo-kantiano (Rawls), el solidarismo y sociologismo de Roscoe Pound, la concepción Egológica desarrollada por Carlos Cossio, y el pensamiento trialista de Goldschmidt, Jerome Hall, y Miguel Reale para mencionar solo algunas de las teorías desplegadas en el curso del presente Siglo.

No ha merecido igual atención, en cambio, el proceso de selección del método interpretativo a aplicar tanto en el plano concreto e individual de un caso sometido a decisión judicial, como en el plano general del Derecho vigente en el seno de la comunidad.

La doctrina ha tendido a ignorar la incidencia del método en el conocimiento del Derecho por haber practicado una suerte de corte entre el objeto a conocer y el sujeto cognoscente. No se comprendió que siempre se accede al objeto desde una cierta posición metódica, como lo habían destacado Husserl y Ortega y Gasset.

La más simple y sencilla lectura de una norma jurídica escrita implica necesariamente la adopción de un método interpretativo, como, por ejemplo, el gramatical. Habitualmente el lector de la norma no gana conocimiento reflexivo de la selección practicada. Aún los jueces y los abogados, no obstante su función y la índole de sus tareas, omiten reflexionar sobre la

opción metódica al adoptar espontáneamente el método gramatical para conocer la norma jurídica de su interés.

La profunda separación del objeto, por un lado, del sujeto que lo conoce, por el otro lado, deforma el proceso cognoscitivo. Al objeto accede el sujeto cognoscente desde una cierta perspectiva metódica. Esto es ineludiblemente así. Hace a la índole del conocimiento.

La relación cognoscitiva se integra con un sujeto cognoscente, un objeto a conocer y un método cognoscitivo para desvelar o poner de manifiesto el objeto cuyo conocimiento se busca.

Como se señaló más arriba la historia del pensamiento científico acerca del Derecho pone de manifiesto la presencia y la utilización de diversos métodos interpretativos cuya aplicación puede llevar, y habitualmente lleva, a diferentes resultados. El juez, el abogado, el jurista deben elegir, por lo tanto, el método que habrán de aplicar para lograr el conocimiento del Derecho.

Así como los sujetos cognoscentes eligen el Derecho aplicable, igualmente deben elegir el método de interpretación del Derecho. El conocimiento del objeto Derecho implica, por inevitable necesidad, conocerlo mediante la aplicación de un determinado método. El Juez, el abogado, el jurista, pues, habrán de elegir las normas jurídicas aplicables y, simultáneamente, habrán de elegir el método de interpretarlas. Ambas opciones se llevan a cabo en base a la intuición de los valores en juego.

IV. El fundamento axiológico de la selección del método interpretativo

La utilización de diversos métodos interpretativos en el cumplimiento de sus diversas funciones por parte de los jueces, los abogados y los juristas introduce una instancia axiológica en el proceso de selección de uno o más determinados métodos interpretativos.

Los diversos sujetos cognoscentes mencionados tienen a su disposición diversos procedimientos intelectuales para acceder al objeto de su interés. Pueden elegir libremente uno o varios. Intuyen, sin embargo, que no es indiferente la opción. Métodos diversos llevan a consecuencias diversas.

Como en el caso de la selección de la norma jurídica aplicable el Juez, al dictar sentencia, y los abogados al defender a su cliente y los juristas al delimitar el sentido y alcance de las normas jurídicas generales, se basan en los respectivos valores axiológicos en juego en cada selección metódica.

Domina, ciertamente, la búsqueda de la justicia. El Juez sabe y acepta que su función central es hacer justicia a las partes involucradas en la controversia. Su sentencia constituye una suerte de notificación a la comunidad acerca de la actitud que los jueces, funcionarios del Estado, habrán de tomar cuando surja un conflicto similar. Por lo tanto, la sentencia tiene un alcance mayor que el de dirimir una disputa individual. Pone fin a una con-

troversia concreta y al así hacerlo sienta, además, un precedente, establece un criterio conforme al cual futuras disputas similares merecerán una misma consideración.

La justicia significa equilibrio, conforme al criterio clásico platónico, es decir, la armonía de todos los valores jurídicos. Impone al Juez el deber de dictar una sentencia que contemple la preservación del orden y la seguridad, el poder y la paz, la cooperación y la solidaridad. El juez es un órgano de la comunidad y, como tal, debe contribuir con su sentencia a la afirmación del orden, es decir, una secuencia regular de los comportamientos y de los acaecimientos naturales que permita a las partes y a la comunidad en su conjunto actuar con eficacia al insertarse los actos en la cadena de los acaecimientos y lograr los objetivos deseados.

Los jueces y las partes están expuestos a los riesgos alojados en el mundo circundante. Lo están igualmente los miembros de la comunidad. La seguridad permite identificar y neutralizar los riesgos que ponen en peligro la integridad de los bienes, tanto los vivientes como los que el hombre crea. Ello permite la previsión de los daños y la subsistencia de la vida. El Juez tiene conciencia del carácter primario y elemental del valor seguridad. No elimina los riesgos, porque ellos son inherentes a la condición humana, pero al preverlos se encuentra en condiciones de minimizar sus efectos dañinos. El Juez con su sentencia se cuidará de no debilitar la seguridad jurídica.

El Juez, órgano de la comunidad, no sólo impone orden haciendo posible la acción eficaz de los hombres y crea condiciones de seguridad para los protagonistas de la vida comunitaria. Además, concurre con su sentencia al mantenimiento de relaciones jerárquicas en el seno de la comunidad de modo tal que ésta reconozca y acepte el ejercicio del poder por un grupo dirigente dotado de la autoridad requerida para fijar objetivos a ser perseguidos por la comunidad en su conjunto. El Juez es parte de esa estructura de poder en cuya preservación y eficacia se encuentra interesado. El debilitamiento de las autoridades públicas afecta de modo directo al Juez pues sus sentencias se apoyan, en última instancia, en la fuerza pública. El Juez debe ser cauteloso en el mantenimiento intacto de sus potestades como órgano de la comunidad, responsable de poner fin a los diferendos surgidos en el seno de la misma.

Mediante el apoyo que suministra un aparato eficiente de autoridad, el Juez debe preocuparse por el establecimiento y desarrollo de vínculos de paz y entendimiento entre los integrantes de la comunidad. La paz es conquistada cuando quienes conviven se identifican como amigos, como personas unidas por el afecto. Los demás son como uno. Son partes de un todo al que pertenecen. Se encuentran unidos por relaciones de hermandad y mutua comprensión. Los fortalece el compartir creencias y vivir en una ge-

nerosa convivencia de unidad. En un cuadro de estas características la misión del Juez se cumple en un contexto de reconocimiento, aceptación y comprensión. Ello facilita la superación del conflicto y la aceptación de la sentencia sin quebrar los lazos de unidad y fraternidad. El Juez comprende el profundo significado del mantenimiento de la paz, la posibilidad que ella abre para promover el entendimiento, y el sentimiento de hermandad. Sabe que, bajo condiciones de paz, será más fácil superar las tensiones provocadas por pretensiones contrapuestas y superar litigios sin dejar heridas abiertas.

Mediante la acción cooperativa los integrantes de la comunidad multiplican los bienes susceptibles a su disposición. Las limitaciones propias de la acción aislada e independiente pueden ser superadas mediante la acción cooperativa. Se amplía el horizonte de las opciones vitales. El individuo, en vez de sentirse abandonado, incapaz o débil, comienza a comprender el mayor alcance de su acción cuando cuenta con la cooperación de los demás.

Los jueces tienden a promover la cooperación con sus sentencias. Sabedores del carácter multiplicador de la acción cooperativa, evitan sentar precedentes que puedan transformarse en obstáculo de la acción coordinada de los integrantes de la comunidad.

El Juez es claramente consciente de la significación aglutinante y unitaria de la solidaridad. Ella se traduce en la participación en las pérdidas y en las ganancias de la acción de los integrantes de la comunidad. La suerte de los demás es también su suerte y viceversa. La solidaridad liga a todos quienes la practican mediante un vínculo espiritual que lleva a la asunción de una suerte común. Mediante la acción solidaria la vida humana alcanza uno de los más altos niveles de devoción generosa al bienestar de los demás. El individuo es llamado a compartir su destino con el destino de los demás. Los jueces no son ajenos al significado social de la solidaridad y comprenden su gravitación en la administración de la justicia. La solidaridad tiende a la disminución de los conflictos, a la terminación de las disputas y al ajuste racional de las diferencias. Los jueces evitan cualquier clase de acción judicial que pudiera sembrar dudas entre los miembros del grupo social y llevar a la destrucción de los vínculos de la solidaridad.

La justicia que debe guiar la acción del Juez en la selección del método o de los métodos a utilizar en el conocimiento y la decisión del conflicto no es sólo la justicia de la armonía y el equilibrio de todos los valores jurídicos. Es también la justicia racional aristotélica de la igualdad y la proporcionalidad.

La justicia de la igualdad, la justicia conmutativa, es la que corresponde a las relaciones de personas iguales entre sí. La justicia de la proporcionalidad es la correspondiente a las relaciones entre personas que no se en-

cuentran en un plano de igualdad sino de desigualdad, esto es, la relación entre el ciudadano y el Estado.

La justicia conmutativa requiere la igualación de las partes, la corrección de las deficiencias y desigualdades existentes para colocar a todas las personas en un punto inicial de igualdad. En esta delicada y compleja tarea el Juez juega una función de importancia clave.

La justicia distributiva consiste en la distribución de honores, premios, bienes en proporción a sus relativos méritos. La justicia distributiva es debida por el Estado a sus ciudadanos y, en particular, la justicia es debida por los jueces. Los ciudadanos esperan que el Juez tenga en cuenta lo que se les debe en razón del mérito de sus respectivos comportamientos. Los jueces deben decidir los conflictos de tal manera que cada parte reciba el mejor tratamiento posible que las circunstancias hagan posible. Distribuir conforme a los méritos de cada ciudadano fortalece el entendimiento colectivo.

Así como el Juez selecciona la norma jurídica aplicable al caso en base a los respectivos méritos axiológicos de las normas que compiten por ser aplicadas en el caso, de la misma manera selecciona el Juez el método interpretativo que habrá de aplicar en el conocimiento y la decisión del caso. Ambos procesos son simultáneos y se implican recíprocamente. Tanto la selección de las normas aplicables como la elección de los métodos interpretativos están guiadas por consideraciones axiológicas. El Juez elegirá aquella norma y aquel método que aseguren la justa decisión del conflicto, es decir, que logre el equilibrio entre todos los valores jurídicos y establezca igualdad entre los iguales y proporcionalidad en la distribución de los bienes según los méritos de los actores.

¿DISCUSIÓN ENTRE EL DERECHO NATURAL Y EL POSITIVISMO JURÍDICO?

Martín D. Farrell
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Lo único que me propongo mostrar aquí es mi perplejidad por la persistencia con que en la filosofía del derecho se continúa discutiendo un tema cuya importancia para la polémica se me escapa por completo. En efecto: en el centro mismo de la filosofía del derecho aparece inexorablemente la polémica entre iusnaturalistas y positivistas acerca del concepto de derecho. La discusión se presenta por lo general en estos términos: el partidario del derecho natural requiere de conceptos morales para caracterizar al derecho, mientras que el partidario del positivismo jurídico sostiene que puede prescindir de tales conceptos para realizar esa misma tarea.

Así enunciada, la discusión parece ser, en realidad, muy importante, pues su tema central sería, nada menos, que la relación entre la moral y el derecho; el tema discutido -aparentemente- es el de si la moral cumple o no un papel dentro del derecho. Sin embargo, me parece que esta es una versión exagerada del problema: la verdadera discusión es mucho menos dramática y, por supuesto, mucho menos importante.

En lo que sigue, voy a presentar primero la versión usual de la polémica, para mostrar luego lo que yo considero su versión real. Para ello, debo tomar como ejemplos a un modelo de la teoría del derecho natural y a un modelo del positivismo jurídico que abarquen las distintas variantes de esas teorías. Espero poder hacerlo sin deformar las teorías reales, y que las versiones que presente -aunque no sean tal vez sostenidas estrictamente en esa forma por ningún autor- tampoco sean caricaturas de las teorías originales. Mostrar, luego, el alcance y papel que tienen los distintos criterios identificatorios del derecho, para restarle también importancia a la polémica entre positivistas jurídicos y realistas del derecho, y concluir, proponiendo un tema de discusión que considero más importante que el presente, aunque -como veremos- no parece ser estrictamente un tema de la filosofía del derecho.

La versión dramática

Entender, por la teoría del derecho natural a aquélla que sostiene que no puede identificarse a algo como derecho -que no puede, en otras palabras, identificarse a una norma como jurídica- sin recurrir a conceptos morales. El contenido del derecho tiene que ajustarse al contenido de la moral. Si la norma es inmoral no es jurídica: no existe el derecho injusto, puesto que tal expresión es contradictoria.

La teoría puede inclinarse también, desde luego, por una versión más débil; puede aceptar que un sistema jurídico contenga alguna norma inmoral, pero que el sistema mismo -en general- debe ajustarse a los preceptos de la moral.

Entender -a su vez- por la teoría del positivismo jurídico a aquélla que sostiene que puede identificarse a algo como derecho -que puede identificarse a una norma como jurídica- sin necesidad de recurrir a conceptos morales; el contenido del derecho no tiene por qué ajustarse -en ningún grado- al contenido de la moral. Una norma jurídica puede ser inmoral: existe el derecho injusto, y la expresión no es para nada contradictoria.

También esta teoría puede inclinarse por una versión más débil, y aceptar que el derecho requiere un mínimo ajuste con la moral, por una simple cuestión de eficacia. Pero no es necesario -en general- que el sistema jurídico se ajuste a los preceptos de la moral de acuerdo al criterio positivista.

Lo primero que se advierte en la caracterización del positivismo jurídico que he presentado, desde luego, es que ella es excesivamente amplia: de acuerdo con esta versión, en efecto, todos los realistas jurídicos serían -a la vez- positivistas jurídicos. No me importa esta consecuencia de mi caracterización (que de alguna manera no es errónea); lo que quiero mostrar no es sólo que la polémica entre los partidarios del derecho natural y del positivismo jurídico no tiene la importancia que se le suele asignar, sino que tampoco es importante que el derecho natural polemice con los realistas. De modo que prefiero resaltar el rasgo común que une a positivistas y realistas (caracterizar al rasgo genérico de las teorías que se oponen al derecho natural) antes que mostrar sus diferencias específicas, que son irrelevantes para mi propósito.

Si la discusión se presenta de esta manera, la polémica parece dramática; en un caso la moral tiene relación con el derecho, mientras que en el otro son dos sistemas normativos totalmente separados. De aquí suele seguirse otra consecuencia igualmente dramática: si se acepta la versión positivista, no hay manera de evaluar moralmente al derecho. Da lo mismo el derecho justo que el injusto, el correcto que el incorrecto, el bueno que el malo; más

aún: también se seguiría que es obligatorio obedecer a cualquier derecho, no importando su grado de inmoralidad.

Es claro que si la discusión tiene estos alcances ella es realmente importante y se explica que haya acaparado tanta atención por parte de los filósofos del derecho durante tanto tiempo. Pero creo, justamente, que la versión que acabo de describir exagera notablemente el ámbito de la polémica.

La versión desdramatizada

¿Qué es lo que falla en la descripción anterior? La caracterización del positivismo jurídico, por supuesto; pero no porque la teoría positivista se confunda con la de los realistas sino porque la versión que he proporcionado permite confundir a un positivista jurídico con un positivista ideológico. El positivista ideológico sostiene, a la vez, dos cosas: a) que no es necesario que el sistema jurídico se ajuste a los preceptos de la moral para merecer el nombre de derecho, y b) que es obligatorio obedecer al derecho.

Ahora bien: en un sentido trivial, todos coincidimos en que es obligatorio obedecer al derecho, y este es el sentido que reconoce que si alguien desobedece una norma jurídica es muy probable que sufra una sanción como consecuencia. En la medida en que existe una conducta exigida por una norma jurídica, la violación de la norma implica un castigo, por lo que es obligatorio en este sentido obedecer al derecho si se quiere evitar la sanción. Pero el positivista ideológico está diciendo algo más: está diciendo que este es el único sentido de obligación, que toda otra evaluación del derecho para establecer su carácter obligatorio -la evaluación moral, por ejemplo- es irrelevante.

No sé si algún autor ha sostenido alguna vez la tesis del positivismo ideológico; lo que sí puedo decir es que el positivismo ideológico es una caricatura del positivismo jurídico.

Este último sostiene también dos cosas, pero no las dos con el alcance que les asigna el positivismo ideológico. El positivista jurídico sostiene, incondicionalmente, a) que no es necesario que el sistema jurídico se ajuste a los preceptos de la moral para merecer el nombre de derecho, y, condicionalmente, b) que es obligatorio obedecer al derecho. Condicionalmente en la medida en que acepta que si una norma jurídica no es obedecida se seguirá probablemente una sanción como consecuencia; pero no, por cierto, en el sentido de afirmar que éste es el único sentido inteligible de obligación y que la evaluación moral del derecho es irrelevante.

El positivista jurídico evalúa moralmente al derecho, a efectos de determinar su obligatoriedad, tanto como lo hace el partidario del derecho natural. La única diferencia entre ambos es el momento en que esa evaluación se lleva a cabo.

El partidario del derecho natural realiza esa evaluación al comienzo de su trabajo; antes de permitir que una norma sea considerada derecho, el iusnaturalista la somete a un escrutinio moral: si la norma no se ajusta a los dictados de la moral, la norma no es jurídica. (Como he dicho, hay versiones más permisivas, que evalúan al sistema como un todo y no norma por norma).

El positivista jurídico realiza esa misma evaluación al final de su trabajo; luego de aplicar su test preferido para determinar si algo es derecho, test que varía de autor en autor, pero que siempre tiene en común que prescinde de la moral, el positivista evalúa moralmente el derecho. Necesita hacerlo porque le interesa saber, entre otras cosas, si el derecho es justo o injusto. Y hay algo que le interesa especialmente, puesto que no es un positivista ideológico: le interesa saber si existe una obligación de obedecer al derecho.

Esa obligación tiene un sentido más profundo que aquel al que me he referido antes: el positivista está pensando ahora si es moralmente obligatorio obedecer al derecho. Y bien puede concluir que no es moralmente obligatorio obedecer a un determinado sistema jurídico, y hasta puede concluir en que el sistema es tan inmoral que es moralmente obligatorio desobedecerlo. (Hay una diferencia entre no obedecer y desobedecer, como lo muestra el siguiente ejemplo: Supongamos que nuestro positivista vive en la antigua Sudáfrica del apartheid, donde existe una norma jurídica que castiga a todo blanco que se bañe en una playa de negros, y viceversa. El positivista en cuestión, que es blanco, evalúa moralmente al derecho y, después de considerarlo inmoral, puede hacer dos cosas: a) no obedecerlo, esto es, no bañarse en una playa destinada sólo a los blancos, o, b) desobedecerlo, esto es, bañarse en una playa destinada sólo a los negros).

De manera que tanto el iusnaturalista como el positivista evalúan moralmente al derecho; la única diferencia entre ambos reside en el momento en que ellos llevan a cabo esa evaluación. Y las consecuencias prácticas de ambas evaluaciones son las mismas: mientras el iusnaturalista llega a la conclusión de que no hay que obedecer a las normas inmorales porque no son derecho, el positivista llega a la conclusión de que no hay que obedecerlas, pese a que son derecho, porque son inmorales.

Las ventajas del positivismo

La versión desdramatizada muestra que la discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico ha perdido su importancia: no se trata de una discusión acerca de si la moral tiene alguna relación con el derecho, sino de una discusión acerca de cuándo debe estudiarse la relación entre la moral y

el derecho, relación que ninguno de los contendientes niega. Y las consecuencias de estudiar esa relación en un momento o en el otro son las mismas.

Parecería, entonces, que es indiferente elegir el test del derecho natural o el test positivista para determinar si una norma es o no jurídica (o si un sistema lo es o no). No obstante, yo creo que el test positivista presenta una ventaja frente a su rival, ventaja que ahora que la discusión se ha desdramatizado los iusnaturalistas no deberían tener inconveniente en reconocer; la ventaja consiste en que el test positivista tiene un rango explicativo mayor.

En efecto: supongamos que la tarea que se presenta ante nosotros consiste en describir un sistema normativo respecto del cual existe una coincidencia entre el filósofo positivista y el filósofo iusnaturalista en el sentido de que el sistema en cuestión es inmoral; estoy pensando, por ejemplo, en el régimen de la Alemania nazi, en el de la Unión Soviética stalinista y en el de la Sudáfrica del apartheid. Mientras el positivista no tiene ningún inconveniente en describir a esos sistemas como derecho, el iusnaturalista no puede hacerlo, por cuanto se trata de sistemas normativos que él (al igual que el positivista) considera inmorales.

Ahora bien: el iusnaturalista puede decirnos que cualquiera de esos sistemas no es derecho, pero es muy claro que esa afirmación es insuficiente para nuestros propósitos; nosotros queremos saber qué son esos sistemas, no que no son. Si yo enfrento a un zoólogo con un animal determinado, y le pregunto qué es, no me quedaría conforme si el zoólogo en cuestión me respondiera que el animal en cuestión no es un cisne; la respuesta es insuficiente para mis fines.

Sin embargo, me temo que ésa es toda la respuesta que el iusnaturalista puede dar. El sistema normativo nazi no es moral, como ya vimos, no es tampoco religioso, ni está compuesto por normas de cortesía; no es tampoco un sistema compuesto de órdenes emitidas por bandoleros, porque en la Alemania nazi también había bandoleros, en el sentido estricto del término, que a veces eran apresados, y resultaban condenados por los jueces nazis, en base al código penal nazi.

Me parece que no hay más remedio que reconocer que el sistema nazi era derecho. ¿Cuál es el motivo de la resistencia del iusnaturalista a admitir esta circunstancia? Supongo que las derivaciones que se seguían de la versión dramática expuesta al comienzo; sin embargo, no creo que esa resistencia se justifique si se adhiere a la versión desdramatizada.

En esta última, designar a algo como derecho no implica reconocer que es justo, bueno, correcto o moral, y -más importante aún- no implica que es obligatorio, en el sentido relevante del término que he examinado antes. Pero yo estoy incurriendo ahora en el mismo defecto que le imputaba hace un instante al iusnaturalista respecto de su versión del nazismo: estoy di-

ciendo lo que reconocer a algo como derecho no es, sin explicar en cambio lo que es. Voy a ello.

La conducta de los individuos está regulada por distintos tipos de normas, y es adecuado distinguir cuatro de esos tipos, como hice hace un momento (sin pretender que la distinción sea exhaustiva): a) normas de cortesía; b) normas morales; c) normas religiosas, y d) normas jurídicas. ¿Qué tarea cumplen los tests que identifican a cada uno de esos tipos de normas?

Los tests predicen las consecuencias que se siguen de la desobediencia a esas normas. Por ejemplo: si un test identifica a una norma como norma de cortesía, lo que está haciendo es una predicción; está prediciendo lo que me va a ocurrir (a mí o a cualquier otro) si desobedezco la norma; la predicción diría que en ese caso voy a ser mirado de mala manera, que tal vez voy a ser objeto de algún reproche verbal... y nada más. Si el test es adecuado, esas serán realmente las consecuencias que el desobediente va a padecer.

Identificar a una norma como moral es predecir que si la desobedezco padeceré, un reproche, ahora algo mayor que en el caso del quebrantamiento de una norma de cortesía, que probablemente sufriré, también alguna reacción verbal y que varias personas evitarán mi presencia. Si el test es adecuado, esas serán realmente las consecuencias que el desobediente va a padecer.

Identificar a una norma como religiosa es predecir que si la desobedezco cometeré, un pecado (en el caso de ciertas religiones) y me haré acreedor de un castigo en el otro mundo (y, bajo ciertos regímenes, también en éste, aunque en este caso la norma religiosa tiende a confundirse con la jurídica). Es difícil verificar en este mundo, por cierto, la adecuación de este test.

Por último, identificar a una norma como jurídica es predecir que si la desobedezco sufriré, probablemente una sanción, prevista en esa norma o en otras normas semejantes a ella, aplicada por un determinado órgano, también previsto en esa norma u otra semejante, y que consiste en la privación coactiva de un bien, tal como la vida, la salud, la libertad, o la propiedad, al par de verse también afectado mi honor. Si el test es adecuado, esas serán realmente las consecuencias que el desobediente va a padecer.

Pero si esto es todo lo que se propone hacer el test de identificación de normas jurídicas (y de acuerdo a la versión desdramatizada esto es todo lo que se propone hacer), ¿cómo puede continuar la discusión acerca de cuál es el mejor test? El mejor test -obviamente- es el que mejor predice las consecuencias de mi acción. Supongamos que yo quiero saber qué tipo de norma es la que ordena el uso de corbata; un buen test me diría que si soy un civil, en la mayoría de los casos se trata de una norma de cortesía, cuya desobediencia sólo me acarreará un tibio reproche, pero también tiene que informarme que si soy un militar, en determinados casos es una norma jurí-

dica, cuya desobediencia me acarreará ciertas sanciones aplicadas por el órgano militar.

Si ésta es la tarea del test, la discusión acerca de la bondad del mismo es superflua; de un modo empírico podemos comprobar con facilidad cuál de los tests propuestos es el mejor. Aquí «el mejor» quiere decir -sencillamente- aquél que mejor predice las consecuencias que se siguen de no obedecer la norma: el que tiene un mayor porcentaje de ajuste con la realidad.

El tema de la obediencia al derecho, como se ve, no está en juego en este caso. No sólo no se sigue de identificar a algo como derecho que hay una obligación moral de obedecerlo, sino que ni siquiera se sigue que la obediencia al derecho sirve siempre como excusa jurídica. Los jerarcas nazis aprendieron esta verdad a su costa en los juicios de Nüremberg, donde invocaron sin éxito la obediencia a las normas jurídicas nazis para evitar la sanción que les correspondía de acuerdo al nuevo orden jurídico que se les aplicaba. Y en la Argentina se hubiera producido una situación similar de no mediar la ley de obediencia debida; la sola circunstancia de que haya sido jurídicamente necesario dictar una ley especial de obediencia debida es prueba de la verdad de lo que afirmo.

En suma: la discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico sólo se explica en la versión dramatizada del tema. En la versión desdramatizada, que yo sostengo que es la versión completa del tema, la discusión pierde su importancia, y también pierde importancia la discusión entre positivistas jurídicos y realistas (sean ellos norteamericanos o escandinavos). Todos ellos comparten la idea de que puede identificarse a una norma como jurídica sin recurrir a conceptos morales. ¿Qué les queda entonces por discutir? También aquí debo recordar que el acuerdo entre positivistas y realistas es más fácil de lo que se lo ha hecho parecer: ambos buscan las consecuencias que se siguen de desobedecer una norma jurídica sin recurrir para ello a la moral. Se suele minimizar -no obstante- las coincidencias de ambas posiciones y exagerar -en cambio- la importancia de una diferencia: el plano en el cual se encuentra la consecuencia de desobedecer a la norma jurídica (el normativo para el positivista y el empírico para el realista).

No estoy sugiriendo, sin embargo, que yo pienso que se han agotado los temas dignos de discusión, y quiero concluir mostrando uno que sí considero de importancia.

Algo para discutir

Lo que no es importante, como acabo de mostrar, es el momento en que debe efectuarse la evaluación moral del derecho; con los alcances que le he asignado, el mejor test identifica primero al derecho sin apelar a conceptos morales, para evaluar moralmente de inmediato el material así identificado.

Pero si no es importante cuándo se efectúa la evaluación moral, sí lo es qué tipo de evaluación se practica. Supongamos que dos personas que comparten la misma teoría moral discrepan acerca del momento de la evaluación; no deberían discutir sobre este tema, a mi juicio, porque, un momento antes o un momento después, ellos habrán alcanzado una completa coincidencia sobre el asunto.

Sin embargo, supongamos ahora que dos personas coinciden acerca de cuándo hay que practicar la evaluación moral del derecho, pero discrepan respecto de la teoría moral que debe aplicarse para ello; uno es un utilitarista, por ejemplo, y el otro es un deontologista kantiano. En este caso la coincidencia acerca del cuando no les sirve de nada, porque difícilmente puedan ponerse de acuerdo acerca del tema central de su diferencia, esto es, acerca de si es moralmente obligatorio obedecer a ese sistema normativo.

Lo que hay que discutir, entonces, no es cuándo se evalúa moralmente al derecho, sino cuál es la mejor teoría moral con la cual el derecho debe compararse; pero éste -supongo- es un tópico de la ética, y no de la filosofía del derecho. De donde -tal vez- pueda concluir mostrando un dilema: el tema aparentemente más importante de discusión en la filosofía del derecho no tiene la importancia que se le asigna, y el tema realmente importante no es un tema de la filosofía de derecho.

KELSEN Y LA ÉTICA UNIVERSALISTA[1]

Agustín E. Ferraro
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Kelsen sostuvo en numerosas ocasiones que su Teoría Pura del Derecho debía entenderse como una teoría valorativamente neutral. También es conocido su escepticismo en materia ética. Sin embargo, voy a intentar mostrar en este trabajo que Kelsen desarrolla su concepción de la norma fundamental utilizando una ética universalista como base metodológica y que, de esta forma, la Teoría Pura del Derecho contiene presuposiciones valorativas.

1. La relación entre Cohen y Kelsen

La ética universalista que, en mi opinión, más se aproxima a la que Kelsen utiliza para desarrollar su concepción de la norma fundamental, es la formulada por Hermann Cohen, fundador de la escuela neokantiana de Marburgo. Ciertas similitudes entre la teoría jurídica de Kelsen y la ética de Cohen fueron señaladas ya en la reseña que del primer libro de Kelsen se publicó en la influyente revista Kantstudien.[2] Hay que notar que, a la fecha, Kelsen desconocía por completo la obra de Cohen. Dicha reseña, curiosamente, lo llevó a estudiar en particular la teoría ética que Cohen todavía estaba formulando en aquellos años.[3] Tiempo después reconocía Kelsen a la obra de Cohen como una de las principales fuentes de inspiración de su Teoría Pura del Derecho.[4] La conexión teórica entre Cohen y Kelsen se convirtió a partir de entonces en un tópico universalmente aceptado. En lengua castellana se mantuvo una gran atención a este trasfondo filosófico de la

[1] Agradezco los comentarios realizados a versiones anteriores de este trabajo por Osvaldo Guariglia, Klaus Günther, Ernesto Garzón Valdés y Stanley Paulson.

[2] Ewald, Oscar, «Die deutsche Philosophie im Jahre 1911», *Kantstudien,* vol. XVII, 1912, pp. 382-433, p. 398.

[3] Cfr. Kelsen, Hans, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatze, 2º reimpresión de la 2º edición (Tübingen 1923), Aalen, Scientia, 1984, p. XVII.

[4] Ibid.

obra de Kelsen, temática que no estuvo ausente de las obras de pensadores, por mencionar sólo algunos, como Luis Legaz y Lacambra, Luis Recasens Siches, Carlos Cossio o Roberto Vernengo, según expone recientemente Dante Cracogna en su tesis doctoral para la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.[5] La iusfilosofía en lengua castellana continuó así una tradición interpretativa de Hans Kelsen que, paradójicamente, resultó interrumpida durante varias décadas en lengua alemana, desde que, como señala Winter, «la censura y cesura de los años '30 convirtieron a Cohen, después de la segunda guerra mundial, en un autor olvidado.»[6] Todavía en 1980 podía señalar Winter la dificultad material de acceder a las obras de Cohen, que habían desaparecido de las bibliotecas alemanas en 1933.[7] Poco tiempo antes, sin embargo había ya comenzado la muy necesaria edición de las obras completas de Cohen, bajo la dirección de Helmut Holzhey,[8] quien a la vez reiniciaba la discusión en lengua alemana sobre la relación teórica entre Cohen y Kelsen.[9]

Ahora bien, en la nueva discusión en lengua alemana, la tesis que se consideró establecida desde 1911 ha sido seriamente criticada. Pues por lo menos dos de las más importantes monografías aparecidas en estos años sobre la filosofía jurídica del neokantismo ponen en duda que la tan mentada influencia de Cohen sobre Kelsen haya sido más que meramente superficial. En ambos casos se apunta a un problema evidente: ¿cómo puede considerarse que Cohen haya influido a Kelsen, cuando la teoría jurídica de éste se pretende libre de valores, lo que contradice de plano toda posible intención que aquél pudiera haber tenido al desarrollar una ética?

Así por ejemplo, para Winter, «la pregunta es, sin embargo, si resulta posible desmembrar a la ética de Cohen, de forma que -a pesar de haber sido esta ética plenamente desarrollada, como "doctrina de los principios de la filosofía del derecho y del Estado", en la tradición iusnaturalista e ilustrada que Kant perfeccionó- los momentos substantivos aparezcan mera-

---

[5] Cracogna, Dante, *La fundamentación normativa del derecho en Kelsen. Crisis y crítica,* Tesis doctoral, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires, 1995. Agradezco a Roberto Vernengo el haberme señalado la importancia de esta tradición iusfilosófica en lengua castellana.

[6] Winter, Eggert, *Ethik und Rechtswissenschaft. Eine historisch-systematische Untersuchung zur Ethik-Konzeption des Marburger Neukantianismus im Werke Hermann Cohens,* Berlin, Dunker & Humboldt, 1980, p. 39.

[7] Ibid.

[8] Cohen, Hermann, *Werke,* 16 tomos, edición del Archivo Hermann Cohen en el Seminario Filosófico de la Universidad de Zürich, bajo la dirección de Helmut Holzhey, Hildesheim, Georg Olms, 1977 y ss.

[9] Holzhey, Helmut, «Die Transformation neukantianischer Theoreme in die Reine Rechtslehre Kelsens», *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie,* Beiheft 20, 1984, pp. 96-110.

mente como residuos impuros, debidos a una mirada metódica aún no desarrollada por completo, y una versión metódicamente refinada aparezca por primera vez en la figura de la Teoría Pura del Derecho de Kelsen con toda claridad y consecuencia.»[10] En el mismo sentido, considera Müller que no puede aceptarse la tesis de que la ética de Cohen tienda hacia una teoría normativista como la de Kelsen, «[...] puesto que no puede corresponderle a la norma fundamental de Kelsen, en oposición al ideal de Estado de Cohen, una función de fundamentación ética, en tanto aquélla se encuentra arraigada en el nivel de la razón teórica.»[11]

En mi opinión, el planteo de estas objeciones es correcto. Si los principios materiales de la ética de Cohen no pueden asociarse de ninguna manera con la Teoría Pura del Derecho, entonces la tesis de una conexión teórica entre Cohen y Kelsen se vuelve muy difícil de sostener. Pero creo apresurado negar a la Teoría Pura del Derecho toda asociación con el aspecto substancial de la ética de Cohen. En esto se encuentra, precisamente, el interés que me parece tener una investigación sobre la relación entre Cohen y Kelsen: el poder ganar un punto de vista que permita interpretar a la Teoría Pura del Derecho de forma que vuelva explícitos sus presupuestos valorativos. Estos presupuestos valorativos son, a mi juicio, propios de una ética universalista, y cumplen en la Teoría Pura del Derecho un papel metodológico sin perder por esto su carácter substancial.

El intento de explicitar presupuestos valorativos de la Teoría Pura del Derecho puede considerarse independiente del punto de vista histórico de una posible influencia de Cohen sobre Kelsen. Se trataría más bien de asumir un punto de vista reconstructivo, es decir, de interpretar la Teoría Pura del Derecho desde la perspectiva abierta por la ética de Cohen. La diferenciación entre dichos puntos de vista ha sido aplicada al problema por Stanley Paulson.[12] Paulson ha intentado salvar con esta diferenciación dicha posibilidad de una interpretación de la obra de Kelsen a partir de la ética de Cohen. Pues la primera alternativa, esto es, el establecer una conexión histórica verdaderamente relevante entre ambos autores, ha sido puesta en duda por Paulson luego de un análisis textual detallado y exhaustivo de las referencias históricas presentes en los propios textos de Kelsen. Las conclu-

---

[10] Winter, E., *Ethik und Rechtswissenschaft,* op. cit., p. 35.

[11] Müller, Claudius, *Die Rechtsphilosohpie des Marburger Neukantianismus. Naturrecht und Rechtspositivismus in der Auseinandersetzung zwischen Hermann Cohen, Rudolf Stammler und Paul Natorp,* Tübingen, Mohr, 1994, p. 132 n. 139.

[12] Cfr. Paulson, Stanley, «Kelsen and the Marburg School: Reconstructive and Historical Perspectives», en: Krawietz, W./MacCormik, N./ von Wright, G. H. (eds.) *Prescriptive Formality and Normative Rationality in Modem Legal Systems,* Berlin, Duncker & Humblot, 1994, pp. 481-494.

siones de Paulson me parecen completamente sólidas: las referencias de Kelsen a su presunta deuda hacia Cohen son incluso exageradas,[13] y ni siquiera puede sostenerse con seguridad que Kelsen tuviera un conocimiento tal de la obra de Cohen que le permitiese utilizarla como herramienta conceptual.[14]

A continuación entonces, siguiendo la propuesta de Paulson,[15] voy a intentar formular un «tipo ideal» o teoría que refleje ciertas ideas básicas de la ética de Cohen en la forma más rigurosa y desarrollada posible, para hacer luego lo propio con el desarrollo de la concepción de la norma fundamental de Kelsen en dos de sus obras: la primera edición de la «Teoría Pura» de 1934[16] y su obra anterior «El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional» de 1928,[17] que es, en cierto sentido, preparatoria de la primera respecto a la cuestión que voy a tratar en el presente trabajo. El resultado serán entonces dos «tipos ideales» uno coheniano y el otro kelseniano. A pesar de la dificultad de sostener una posible influencia histórica real entre ambos autores, creo que el «tipo ideal-Cohen» puede resultar sumamente explicativo para descubrir el uso de una ética universalista como método de la teoría jurídica en el «tipo ideal-Kelsen».

A los fines de este trabajo voy a conceder especial atención a la idea de Cohen de que la ética ha de tener con la ciencia jurídica una relación análoga a la relación de la lógica con la matemática. De aquí resulta su famosa tesis de que la ética es la lógica de la ciencia del derecho. Voy a exponer brevemente ahora cómo pone Cohen en práctica este principio metodológico, para pasar a mostrar luego su papel en el desarrollo de la concepción de la norma fundamental por parte de Hans Kelsen.

2. El método de Cohen

Cuando Cohen sostiene que la ética ha de cumplir el papel de una lógica de la ciencia jurídica entiende la lógica, particularmente, como lógica trascendental. Se trata entonces de mostrar que ciertos conceptos de la ética son la condición de posibilidad de conceptos de la ciencia jurídica, y, por tanto, condición de posibilidad de la realidad jurídica. Pues la noción de condición es fundamental en la idea del método trascendental de Cohen,

---

[13] Paulson, S., «Kelsen and the Marburg School», op. cit., p. 488s.

[14] Paulson, S., «Kelsen and the Marburg School», op. cit., p. 491.

[15] Paulson, S., «Kelsen and the Marburg School», op. cit., p. 484.

[16] Kelsen, Hans, *Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik,* 2º reimpresión de la 1º edición (Leipzig y Viena 1934), Aalen, Scientia, 1994.

[17] Kelsen, Hans, *Das Problem der Souveranität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer Reinen Rechtslehre,* 2º reimpresión de la 2º edición (Tübingen 1928), Aalen, Scientia, 1981.

quien considera como expresión definitiva de la idea de trascendentalidad a la fórmula kantiana, de acuerdo con la cual, «las condiciones de posibilidad de la experiencia en general son, a la vez, condiciones de posibilidad del objeto de la experiencia».[18] Vale la pena aclarar que el método trascendental de Cohen de ninguna manera es el método trascendental tal como originariamente lo enunciara Kant, según se verá más adelante. Sin embargo, la idea de que la lógica trascendental contiene las «condiciones» del conocimiento y, a la vez, del objeto, es uno de los elementos que Cohen conserva en su reelaboración del pensamiento kantiano. En este sentido ha señalado Geert Edel que «[...] Cohen permanece, por otro lado, por completo en la línea de la filosofía trascendental de Kant, dado que intenta reconducir el conocimiento problematizado (en Kant: juicios) a las condiciones o principios de su posibilidad, las que permiten, o están en condiciones de fundamentar su validez (en Kant: carácter a priori y referencia al objeto).»[19]

La forma en que tales condiciones o principios de posibilidad del conocimiento han de descubrirse no resulta sin embargo, en mi opinión, completamente explicitada por Cohen. Creo, sin embargo, que la estructura general que habría de tener este tipo de argumento puede elaborarse a partir de la fundamentación que expone Cohen de la universalidad del sujeto moral. Pero antes de pasar a este ejemplo particular del método trascendental de Cohen en la Ética voy a examinar brevemente sus declaraciones generales sobre la relación entre ética y ciencia del derecho en la obra más importante que dedicó a la cuestión, su Ética de la voluntad pura.[20]

Resulta claro para Cohen, en primer lugar, que de las ideas éticas se ha hecho muchas veces un uso hipócrita. Ahora bien, por más que las ideas éticas se presenten de forma velada y defectuosa en las relaciones de poder, el punto es para Cohen que las ideas éticas logren a pesar de todo presentarse «sich selbst zur Erscheinung bringen»,[21] y esto es lo que hace necesario concederles un rol metodológico.

Al relacionar Cohen esta idea con su crítica a Kant, expone la relación entre ambas disciplinas -ética y ciencia del derecho- como una relación de deducción: «[a]quí debe solamente subrayarse, que Kant abandonó en este punto la aplicación del método trascendental; que no lleva a cabo la deducción de la ética a partir de la ciencia jurídica como lo hizo con la lógica a

---

[18] Cfr. Cohen, Hermann, *Kants Theorie der Erfahrung,* reimp. de la 3º edición, de 1918 en: Werke, Tomo 1, Parte 1.1, Helmut Holzhey (ed.), Hildesheim, Georg Olms, 1987, p. 190.

[19] Edel, Geert, *Von der Vernunftkritik zur Erkenntnislogik. Die Entwicklung der theorethischen Philosophie Hermann Cohens,* Freiburg/München, Karl Alber, 1988, p. 123.

[20] Cohen, Hermann, *Ethik des reinen Willens,* reimp. de la 2º edición de 1907, en Werke, Tomo 7, Parte 2, Helmut Holzhey (ed.), Hildesheim, Georg Olms, 1981.

[21] Cfr. Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., pp. 36s.

partir de la ciencia natural.»[22] La deducción a la que se refiere en este punto Cohen, que no cabe sino entender como deducción trascendental, de la ética a partir de la ciencia del derecho, no puede entenderse, sin embargo, en el sentido kantiano. Pues Cohen adopta respecto a la deducción trascendental una posición distinta a la de Kant y crítica de éste. Como señala Edel: «La "deducción trascendental" de Kant tiene para Cohen sólo un significado psicológico y, en el mejor de los casos, metafísico, pero no tiene un rango trascendental.»[23] Para Cohen, la deducción que hace Kant de las categorías no es sino una mera teoría psicológica del aparato subjetivo del conocimiento. Cohen reformula esa deducción en un principio que ya no representa, como en Kant, la unidad de una consciencia personal o supra-empírico trascendental, sino que, exclusivamente, ha de representar la unidad de los principios del conocimiento y, con esto, la unidad de la experiencia científica.[24] Edel ha formulado lo que Cohen entiende por una deducción trascendental de la siguiente manera: «Una deducción trascendental en el sentido de Cohen es única y exclusivamente la demostración de las categorías [...] como los "fundamentos" o "unidades de pensamiento" de los principios [del conocimiento] [...]».[25]

Para Cohen, resulta entonces que la crítica del conocimiento se propone como objeto a «las ciencias en la consistencia de sus conceptos fundamentales y presuposiciones. En la medida en que descubrimos y ordenamos éstos, certificamos la validez de las condiciones a priori y hacemos filosofía crítica de acuerdo al método trascendental.»[26]

Cohen se propone extender esta idea del método trascendental a la filosofía práctica. Kant, sostiene Cohen, debería haber llevado a cabo una crítica de la razón pura práctica. Y con esto se le hubiera planteado a Kant el problema de ejercer la crítica de la ciencia jurídica de tal modo de indagar si en la ciencia jurídica la razón pura práctica, que Cohen denomina «voluntad pura», «llega a su cumplimiento» (in Vollzug trete), o también si «se deja certificar»[27] (sich beglaubigen lasse).

El objetivo de este procedimiento es que los conceptos fundamentales de la Ética se muestren como los conceptos «generadores» (erzeugenden) de la ciencia jurídica.[28]

---

[22] Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., p. 227.

[23] Edel, G., *Von der Vernunftkritik zur Erkenntnislogik,* op. cit., p. 416.

[24] Cfr. Edel, G., *Von der Vernunftkritik zur Erkenntnislogik,* op. cit., p. 458.

[25] Edel, G., *Von der Vernunftkritik Zur Erkenntnislogik,* op. cit., p. 416.

[26] Cohen, H., *Kants Theorie der Erfahrung,* op. cit., p. 740.

[27] Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., p. 228.

[28] Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., p. 229.

Finalmente, al iniciar la exposición del principal concepto de la ética que debe ser puesto en correlación con la ciencia jurídica, es decir, el concepto de sujeto, señala Cohen que, de lo que se trata, es de «probar» (prüfen) y de «certificar» (beglaubigen) el sujeto de la ética a través del concepto de la persona jurídica.[29]

Ahora bien, ¿cómo es que se logra «mostrar» que un concepto de la ética es condición de posibilidad de un concepto de la ciencia jurídica, de forma de «certificar» o «probar» a aquél? Como señalaba antes, no me parece que Cohen sea completamente explícito en el punto, pero creo que puede llegarse en esto a cierta claridad si se lo pone en relación con el principio de la trascendentalidad mencionado más arriba, en cuanto que las condiciones de posibilidad de la experiencia son condiciones de posibilidad del objeto de la experiencia. Cuando se muestra que un concepto de la ética es condición de posibilidad de un concepto correspondiente de la ciencia jurídica, se muestra entonces también que ese concepto de la ética es condición de posibilidad de la realidad jurídica. Y es este último camino que la deducción que voy a presentar como ejemplo parece tomar: Cohen intenta mostrar que la personalidad jurídica, en cuanto real, presupone un sujeto moral universal. Voy a analizar a continuación dicha deducción.

3. El sujeto de la ética

El problema fundamental de la ética es, para Cohen, la determinación de su sujeto, problema que se manifiesta en la relación del individuo con la universalidad.

Si el individuo empírico es el único sujeto posible, la ética corre el riesgo de convertirse en una forma de la psicología.[30] Pero si, por el contrario, se postula como sujeto a entidades universales de carácter metafísico, tales como el espíritu, la vida, etc., la ética amenazaría transformarse ya sea en metafísica dogmática o bien en religión.

La correlación del individuo con la universalidad sólo puede solucionarse propiamente, para Cohen, al desarrollar una concepción de la intersubjetividad en forma a priori. La idea de la intersubjetividad a priori es muy simple: el otro debe ser pensado en forma originaria con el yo.

El sujeto de la ética no puede por tanto ser el individuo. Al individuo puede pensárselo en forma independiente y separada de un otro. El otro es en ese caso mero producto de la experiencia: el individuo percibe su entorno, en el que encuentra otros hombres. Esto es propio del sujeto del conocimiento, y sería un error trasladarlo a la ética. Cohen opina que este error

[29] Ibid.

[30] Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., p. 2s.

fue cometido por Fichte, quien postula en el plano ético al yo como la autoconsciencia, a la que se enfrenta el no-yo. El no-yo es en Fichte la cosa, el objeto en general, todo objeto[31]. Pero no puede construirse una ética partiendo del yo monológico del sujeto de conocimiento, que es característico del idealismo, pues el otro resulta entonces un mero derivado.

Para Cohen, la ética tiene que colocar al otro en una posición mucho más fundamental y tan originaria como la del yo. El yo y el otro tienen que encontrarse para esto en una relación de correlación e incluso de continuidad. Pero no se trata de que el yo abarque al otro o viceversa, de que formen una entidad de mayor extensión, etc. Ambos deben permanecer aislados, pero presuponerse recíprocamente. El otro como presupuesto del yo y viceversa, es la tesis fundamental que Cohen intentará demostrar. De acuerdo con su concepto del método trascendental en la ética, se trata de mostrar a esta idea como condición de posibilidad de un concepto de la ciencia jurídica, en lo cual se muestra también que el concepto de la ética es condición de posibilidad de una realidad jurídica. Es decir, el concepto del yo como correlativo al otro ha de poder mostrarse como condición de posibilidad del factum del derecho, con lo cual el concepto de la ética es deducido trascendentalmente.

El punto de partida de Cohen es la persona jurídica. A través del contrato se funda en el derecho la abstracción de una persona jurídica. Ahora bien, no es posible el contrato sin presuponer un otro contratante. Es decir, en la relación contractual por la que se funda una persona jurídica nos encontramos con una presuposición del otro como la que buscamos para la persona ética. Lo interesante es que, para la jurisprudencia, nunca fue un problema considerar a ambos contratantes como conformando una unidad jurídicamente positiva, es decir, real, sin que ninguna de las partes contratantes pierda su individualidad. Se trata más bien de que los contratantes están referidos uno al otro de manera conceptual, de forma análoga a la relación conceptual entre personas gramaticales: «El contrato es una pretensión; una pretensión del derecho que yo planteo al otro. Una tal pretensión, por lo menos como pretensión judicial, es desde luego la acción jurídica en general (actio). Ahora bien, el contrato hace de la pretensión (Anspruch) una alocución (Ansprache). Y de aquí se transforma al otro en yo y tú [...] El yo y el tú se corresponden. No puedo decir tú, sin referirte a mí; sin enlazarte con el yo a través de esta referencia [...] Éste es el progreso del otro hacia el tú. Y este progreso es confirmado por la ficción jurídica. Así se acredita la persona jurídica como persona moral.»[32]

---

[31] Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., p. 208.

[32] Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., 247s.

Resulta de esto que la persona jurídica, en cuanto unidad real de una pluralidad de individuos, manifiesta como factum la extensión intersubjetiva del sujeto de la ética, cuya posibilidad estaba en cuestión.

Cohen intenta elaborar esta idea del sujeto hasta mostrar que la forma más universal de pensar un sujeto, esto es, la humanidad, resulta concretada en la idea de una comunidad jurídica internacional. Sin embargo, a mi modo de ver, la argumentación de Cohen presenta a partir de este punto algunas dificultades.

La máxima extensión en que se manifiesta la referencia intersubjetiva de los individuos es, en principio, el Estado de Derecho, pues éste se presenta como la persona jurídica más abarcadora. Sin embargo, el Estado tiene que considerarse para esto, parcialmente, como un ideal o una tarea del sujeto ético, pues, sostiene Cohen «el Estado empírico no es sino el Estado de los estamentos y de las clases dominantes; no es el Estado de derecho. El Estado del poder sólo puede convertirse en Estado de derecho en la medida en que crea el derecho, no en interés de los estamentos y de las clases, sino de acuerdo con la idea del Estado.»[33]

El concepto de Estado se vuelve así en parte un ideal, de acuerdo con el desarrollo de un socialismo ético al que aspira Cohen. Sin embargo, desde el punto de vista metódico, la incorporación de dichos elementos ideales hacen del concepto de Estado más bien un desideratum y no ya el factum desde donde pueda procederse a la deducción trascendental de un concepto de la ética. A mi modo de ver habría en esto una cierta dificultad para la argumentación trascendental de Cohen.

Por un lado, que el Estado empírico ya no sirva como punto de partida para la deducción trascendental de un concepto de la ética, no le impide a Cohen considerar que aún aquel Estado conserva ciertos elementos ideales, desde donde viene a ser reconocido como persona jurídica. Los elementos ideales son en este plano todavía formulados como condición de posibilidad del Estado real. Criticando la distinción entre derecho privado y derecho público, afirma Cohen: «Se trata en esto las más de las veces, y con metódica consecuencia, del poder, fundado en la propiedad privada, de las clases dominantes, las que parecen conformar al Estado, puesto que lo gobiernan. A pesar de todo el Estado no puede escaparse por completo de la tarea que se designa con la fórmula pacta servare. En los tratados preserva el Estado la fidelidad. Y esta fidelidad conforma, a pesar de todos los abusos del poder dominante, su fundamento y su derecho ético; su derecho a ser reconocido como persona jurídica [...]».[34]

---

[33] Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., p. 615.

[34] Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., p. 242.

Por otro lado, Cohen anuncia en la Introducción a la Ética de la voluntad pura que la universalidad intersubjetiva del lazo jurídico ha de mostrarse como verdaderamente internacional, superando así el particularismo que puede objetarse a un Estado nacional. Sin embargo, más allá de algunas referencias aisladas, Cohen no vuelve a tratar sistemáticamente esta cuestión. Como veremos, Kelsen parece reiniciar esa argumentación exactamente donde la deja Cohen, para demostrar que el derecho no puede captarse objetivamente desde el punto de vista de un Estado particular, sino sólo en términos universalistas. Voy a citar el párrafo en donde Cohen plantea el problema, para que pueda luego verse la medida en que puede interpretarse a Kelsen como si siguiese este programa. Dice Cohen: «Se mostrará que la oposición entre Estado y humanidad es sólo aparente. En la medida en que intentamos fundar la unidad del hombre en la unidad del Estado, no disociamos, por así decirlo, al hombre de la humanidad; sino que más bien nos apoderamos con esto de la herramienta apropiada para conducir a una verdadera superación a la oposición entre el hombre individual y la humanidad universal. Y la humanidad se vuelve sólo por este camino metódico una idea ética; mientras que, de lo contrario, no pasa de ser una piadosa creencia [...].»[35]

Para concluir esta breve exposición del método y de la ética de Cohen, voy a intentar formular dos ideas centrales que creo importantes para una reinterpretación de la Teoría Pura del Derecho.

1. El método trascendental deja de referirse a las facultades del sujeto, como en Kant, para mantenerse con exclusividad en el nivel de los presupuestos conceptuales.

2. La unidad del sujeto de la ética sólo puede pensarse a partir de una intersubjetividad a priori. La intersubjetividad a priori permite pensar la unidad de una multiplicidad de individuos bajo la forma de la universalidad. Es decir, en el nivel substantivo, la ética de Cohen parecería apoyarse en los conceptos de unidad y universalidad, cuya relación está dada en una forma a priori de la intersubjetividad. La persona jurídica, ya sea como Estado o como comunidad jurídica internacional, presupone dicha universalidad.

4. El concepto ético del derecho en Kelsen

Para Kelsen, la unidad del derecho en cuanto objeto del conocimiento es algo dado. Para poder explicar esta unidad previamente dada postula Kelsen su famosa norma fundamental (Grundnorm) lógico-transcendental, que representa la condición de posibilidad de esa unidad. Stanley Paulson ha caracterizado muy justamente a la norma fundamental, en este sentido, como

[35] Cohen, H., *Ethik des reinen Willens,* op. cit., p. 82.

una suerte de «abreviatura» de una argumentación transcendental.[36] El derecho aparece, en principio, como una multiplicidad de normas, que, sin embargo, conforman un sistema o una unidad. La norma fundamental es una hipótesis trascendental que explica cómo tal unidad puede estar dada. Puede decirse, entonces, que las normas forman una unidad o un sistema «cuando su validez puede ser retrotraída hasta una única norma como fundamento último de esa validez. Esta norma fundamental constituye como fuente común la unidad en la multiplicidad de todas las normas que forman un orden».[37]

Su carácter constitutivo de la unidad del derecho es lo que hace a la norma fundamental una condición lógico transcendental tanto del derecho como del conocimiento jurídico. En cuanto al conocimiento jurídico es la norma fundamental una hipótesis de la ciencia jurídica, pero en cuanto al derecho es ella, a la vez, el fundamento último de la validez o modo de existencia específico de las normas jurídicas.

Si el método trascendental de Kelsen tiene entonces algún paralelo con el de Cohen, podríamos esperar que la norma fundamental muestre algún tipo de contenido ético, por ser una condición lógico-transcendental del derecho. Una categoría del derecho tiene que ser en Cohen, a la vez, un concepto de la ética.

Como intentaré mostrar a continuación, es éste efectivamente el caso. Pero a más de presentar un contenido ético, puede observarse que la norma fundamental es condición de la unidad del derecho en tanto se la interpreta en términos universalistas. La unidad del Estado (y del derecho) se vincula así, demostrativamente, con el concepto universalista de la humanidad, con lo que puede interpretarse este argumento de Kelsen como la continuación de un programa formulado por Cohen.

En un primer paso argumenta Kelsen que la norma fundamental no puede ser entendida solamente como una norma nacional, esto es, como norma fundamental de un sistema jurídico determinado.

La norma fundamental de un sistema jurídico se revela en el contexto del derecho internacional como una norma jurídica positiva: un principio jurídico del derecho internacional, el así llamado principio de efectividad, a través del cual un poder establecido, bajo ciertas condiciones, es declarado como orden jurídico por la comunidad jurídica internacional.[38] Pero sólo puede reconocerse a la norma fundamental de un sistema jurídico como

[36] Paulson, Stanley, «Vorwort zunt Nachdruck» en: Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., pp. III-VIII, V.

[37] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 62.

[38] Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op.cit., pp. 71, 150.

norma positiva del derecho internacional «cuando uno entiende al derecho internacional como un orden jurídico superior a los órdenes jurídicos de los Estados individuales, en una relación de delegación hacia éstos»; pero en este caso «no puede hablarse de una norma fundamental como fundamento de los órdenes jurídicos de los Estados individuales, sino ya sólo como base del derecho internacional.»[39] Está claro que una concepción del derecho internacional como ésta es completamente incompatible con la idea de la soberanía de los Estados nacionales.

Consecuentemente con esto, desarrolla Kelsen una cuidadosa crítica de la idea de la soberanía, a la que no considera sino un «dogma». Su argumentación es, en síntesis, la siguiente: sería contradictorio declarar a las normas del derecho internacional y a las del orden jurídico de un Estado simultáneamente como válidas, cuando las mismas se contradicen. En base a la soberanía se afirma entonces por lo general que las normas del derecho internacional sólo son válidas para un Estado cuando éste las «reconoce». De esta forma se evita la contradicción señalada, pero surge otro problema; puesto que «también la existencia jurídica de los otros Estados se basa en el reconocimiento por parte del propio, tiene uno que representarse el orden jurídico de este último como extendido sobre los otros órdenes jurídicos estatales.»[40] Tal consecuencia de la soberanía del Estado vuelve a las intenciones políticas de la idea, según Kelsen, unívocas: a través de su soberanía es representado el Estado como la comunidad jurídica absolutamente superior. El problema de esta construcción teórica es que la soberanía, ante tales consecuencias que se desprenden de ella, no puede sino pensarse como exclusiva del propio Estado. La soberanía «no puede sino ser la del propio Estado, que forma el punto de partida de toda la construcción. Pues la soberanía de un Estado, en este sentido suyo originario, es incompatible con la soberanía de otro Estado.»[41]

Esa primacía del orden jurídico del propio Estado, que resulta de la idea de la soberanía, sólo puede corresponder a una concepción subjetivista, en donde la existencia del otro depende de su reconocimiento por el sujeto que lo percibe. Contra esto defiende Kelsen la tesis de que el derecho internacional y los órdenes jurídicos de los Estados particulares tienen que ser percibidos objetivamente como un sistema unificado (einheitlich) de normas.[42]

Dado que principio y fin de la validez jurídica de un orden estatal son reglados por un principio del derecho internacional, esto es, por el citado

[39] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 72.

[40] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 140.

[41] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 141.

[42] Cfr. Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 135.

principio de efectividad, es el derecho internacional el que determina tanto el ámbito espacial como el ámbito temporal de validez de los órdenes jurídicos estatales. De esta forma es que pueden verse a los órdenes jurídicos estatales y al derecho internacional como un sistema unificado.

Con esto llegamos al punto decisivo. La relativización del Estado que hace la Teoría Pura del Derecho permite considerar a aquél como un «órgano del derecho internacional», y esta expresión «produce en un sentido enteramente positivo la unidad del sistema jurídico universal.»[43] La más alta unidad dada al conocimiento, esto es, la unidad de todo el derecho, es, a la vez, «la unidad de una comunidad jurídica universal»[44], aun cuando ésta no esté dada en forma organizativa, es decir como Estado mundial.

Cabe ahora preguntarse qué entiende aquí Kelsen por «universal». Como ya sostuve, es mi opinión que dicha universalidad tiene que entenderse como una universalidad en el sentido de Cohen, es decir, una universalidad de la ética. Voy a examinar ahora este punto.

Kelsen presenta su propia concepción como «objetivista-universalista» frente al «subjetivismo» del dogma de la soberanía. También en oposición al subjetivismo habla en otro lugar del «carácter universalista de la Teoría Pura del Derecho».[45]

De aquí pasa Kelsen a argumentar contra el subjetivismo en general, una de cuyas consecuencias es el dogma de la soberanía. El desarrollo de la argumentación muestra un claro paralelo con la fundamentación que hace Cohen de la integración entre unidad y universalidad a través de la correlación del «yo» y el «tú». Cabe destacar que Kelsen también está sosteniendo la tesis de que la unidad del derecho remite a una comunidad jurídica universal. Voy a citar in extenso el correspondiente párrafo de Kelsen: «El subjetivismo, que para comprender al mundo parte del propio yo, y para esto extiende ese yo al universo, sin poder alcanzar un mundo objetivo por encima del propio yo soberano, ese subjetivismo es incapaz de captar al otro sujeto, al no-yo que se presenta con la misma pretensión de soberanía, al «tú» que también quiere ser un yo, como una entidad de la misma clase que el propio yo.»[46]

Con esto puede notarse que el «objetivismo» de la Teoría Pura del Derecho se corresponde con una concepción a priori de la intersubjetividad. La decisión por un punto de vista objetivista es, en otras palabras, independiente de la experiencia pero constitutiva de la misma. Por esto es que el

---

[43] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 152s.

[44] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 134s.

[45] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 59s.

[46] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 142.

subjetivismo del dogma de la soberanía representa también un punto de vista posible, desde el momento en que permanece coherente consigo mismo. Dado que en ambos casos se trata de presuposiciones metodológicas, el punto de vista subjetivista es, en principio, posible: «no puede negarse la posibilidad teórica de un punto de vista desde el cual sólo el orden del propio Estado, y lo que se puede se puede captar desde él, serán interpretados como derecho.»[47]

La intersubjetividad a priori consiste para Kelsen, en cambio, como premisa fundamental, en el captar al «tú» como una entidad de la misma jerarquía que el propio «yo». Desde este punto de vista se hace por primera vez posible, para el conocimiento, «la unidad del sistema jurídico universal». En estos términos podía Kelsen con toda razón considerar su objetivismo como un universalismo. El punto central del universalismo de Cohen es, como se vio antes, el reconocimiento de una intersubjetividad a priori, que se desarrolla a partir de la correlación entre el yo y el tú, y que encuentra en la unidad de la persona jurídica el factum que demuestra su posibilidad.

Por cierto, Kelsen no postula una relación de continuidad entre el «yo» y el «tú» como lo hace Cohen; pero la idea de la intersubjetividad a priori, partiendo de la relación entre ambos, así como la identificación de dicha intersubjetividad con un punto de vista universalista, reproducen claramente el esquema y los contenidos de la argumentación de Cohen sobre el asunto. Con esto resulta por lo menos dudoso si es que Kelsen desarrolló la concepción de la norma fundamental de acuerdo con la forma de neutralidad valorativa que suele atribuírsele.

Que esto no es así puede notarse con mayor precisión en un trabajo anterior de Kelsen, El problema de la soberanía y la teoría del derecho internacional. Contribución para una Teoría Pura del Derecho,[48] en donde se encuentra la suma de los materiales y argumentos respecto a la soberanía y el derecho internacional que en obras posteriores reaparecerán pero muy resumidos.

Sostiene Kelsen aquí también, que la unidad metodológica del derecho presupone el primado del derecho internacional sobre los órdenes jurídicos nacionales, pero además, que dicha unidad a la vez se muestra como «una idea eminentemente ética [sittlich] y uno de los pocos realmente valiosos e indiscutidos elementos constitutivos de la conciencia cultural moderna.»[49]

Kelsen remite este ideal ético explícitamente a Christian Wolff, quien lo formula por primera vez como el ideal de una «civitas maxima», es decir,

---

[47] Kelsen, H., *Reine Rechtslehre,* op. cit., p. 143.

[48] Kelsen, H., *Das Problem der Souveranität*.... op. cit.

[49] Kelsen, H., *Das Problem der Souveranität*... op. cit., p. 204.

un Estado mundial. A diferencia de Wolff, sin embargo, Kelsen no postula este ideal ético en cuanto tal, sino que intenta demostrar que el mismo es una condición de posibilidad del conocimiento jurídico. El teórico mantiene así su neutralidad frente a dicho ideal, en cuanto no hace sino constatar su carácter transcendental. Dicho de otra manera, Kelsen no formula el ideal en modo prescriptivo, sino que lo utiliza como herramienta metodológica, más precisamente como categoría transcendental. Como se vio más arriba, se sigue aquí a la letra el programa metodológico planteado por Hermann Cohen.

Siendo el primado del derecho internacional una condición de posibilidad del conocimiento jurídico, sólo puede considerarse al derecho como algo dado cuando se adopta este punto de vista objetivista-universalista. El punto de vista subjetivista, en cambio, sólo puede ser el «punto de vista de la fuerza», dado que, desde el mismo, el derecho, en última instancia, no es posible: «La tendencia subjetivista que subyace a la teoría del primado del orden jurídico estatal conduce desde su posición fundamental a la negación del derecho internacional y desde aquí a la negación de la idea jurídica -por lo menos en esta esfera- y a la afirmación del puro punto de vista de la fuerza. Así como el mismo pensamiento seguido consecuentemente en la esfera del derecho estatal lleva, como primado del individuo, a la negación del derecho en general, y a la proclamación de la idea de la fuerza en toda la línea.»[50]

Con esto llegamos a la conclusión de la argumentación de Kelsen. El ideal de la «civitas maxima» representa en síntesis, en cuanto norma fundamental supranacional, la categoría transcendental que hace posible tanto el conocimiento del derecho en cuanto tal como su propia realidad. Sin la presuposición de una unidad universal de todo derecho es el fenómeno jurídico, para Kelsen, tan inexplicable como imposible.

La norma fundamental tiene por lo tanto que valer como la fuente de la unidad de todos los órdenes jurídicos nacionales. Con esto ha mostrado Kelsen de forma bastante convincente, a mi modo de ver, que una presuposición de contenido ético puede tener un rol metodológico en la teoría del derecho. Sin embargo, entiendo que la Teoría Pura no deja por esto de ser una teoría positiva del derecho: el principio ético se pone a prueba sólo como condición de posibilidad del factum del derecho. Este positivismo no implica una renuncia a principios de la ética como fundamentos metodológicos. A mi juicio, lo que Kelsen entendía por positivismo, en oposición al derecho natural, es que el jurista no formula y fundamenta principios éticos que hayan de servir de criterio a principios jurídicos, sino que se limita a

[50] Kelsen, H., *Das Problem der Souveranität....* op. cit., p. 317.

constatar la eventual presencia de aquellos como condición de posibilidad del fenómeno a estudiar.

Un positivismo con estas características podría denominarse tanto positivismo transcendentalista como positivismo neokantiano. Las formas transcendentales de argumentación lo diferencian claramente del positivismo lógico, pero mucho más aún las presuposiciones valorativas a las que hemos hecho referencia. Que éstas son esenciales en el concepto del método desarrollado por Kelsen es afirmado por éste de manera enfática al final de la argumentación expuesta hasta ahora: «Tanto como para una concepción objetivista de la vida el concepto ético del hombre es la humanidad, es para una teoría jurídica objetivista el concepto del derecho idéntico con el del derecho internacional, y precisamente por esto, a la vez, un concepto ético.»[51]

5. Conclusión

La argumentación de Kelsen que acabo de reproducir aquí se encuentra delimitada en un período de su obra, esto es, no antes de 1928 y no después de 1934, fechas de publicación de las únicas dos obras que he considerado. En este marco son explícitas las referencias a un punto de vista universalista como soporte metodológico de la Teoría Pura del Derecho. La propia calificación de este punto de vista como un punto de vista ético es también explícitamente sostenida por Kelsen. He intentado mostrar que, a través de ciertos paralelos con la Ética de Cohen, puede entenderse el rol metodológico que una ética universalista adopta en el Teoría Pura del Derecho. Entiendo que esta época del desarrollo de las ideas de Kelsen afecta al resto de su obra, de la que no puede tampoco afirmarse sin más la neutralidad valorativa pretendida muchas veces por su autor. Dado que este último problema afecta, sin embargo, a la periodización de la obra de Kelsen y, por tanto, a una cantidad de sus obras que no podría tratar aquí, voy a dejar abierto este aspecto de la cuestión.

[51] Kelsen, H., *Das Problem der Souveranität*... op. cit., p. 319.

¿PUEDE LA RAZONABILIDAD SER UN CRITERIO DE CORRECCIÓN MORAL?[1]

Ernesto Garzón Valdés
Universidad de Maguncia (Alemania)

0. Suele decirse, y parece que es verdad, que Heinrich von Kleist se pegó un tiro el 21 de noviembre de 1811, en el lago berlinés de Wan porque, después de haber leído la *Crítica de la Razón Pura de Kant,* estaba convencido que era imposible lograr una fundamentación última del conocimiento del mundo[2]. Por su parte, Richard Rorty, en su libro *Contingencia, ironía y solidaridad,* propicia la actitud del liberal irónico, que puede renunciar a las fundamentaciones filosóficas últimas y seguir viviendo en un mundo metafísicamente más modesto pero menos propicio al suicidio.

Sería exagerado decir que los filósofos de la moral discuten desde hace siglos acerca de la fundamentación (justificación) última de las normas morales con miras a evitar el suicidio, sea a través de la superación de las posiciones de tipo kantiano, sea propiciando una ironía de tinte rortiano genealógicamente remontable a Cratilo, aquel que se limitaba a mover el dedo cuando se le planteaban problemas de solución aparentemente imposible.

Sabemos, en cambio, que quienes participan en esta discusión suelen argumentar en niveles paralelos, atribuirse certidumbres dudosamente defendibles o imputar al adversario insuficiencias que resultan de una no muy exacta reconstrucción de los argumentos de aquél.

En lo que sigue, pretendo formular algunas consideraciones que quizás puedan acotar el campo de lo plausiblemente sostenible en relación con la justificación de las normas morales y encauzar la discusión por vías más sobrias y, probablemente, más promisorias.

---

[1] Una primera versión de este trabajo fue publicada en *Claves de Razón Práctica,* Nº 88 (diciembre de 1998), págs. 18-26.

[2] La lectura del artículo «Letztbegründete Leberwurst» de Stephan Wackwitz, publicado en el *Süddeutsche Zeitung* del 28 de julio de 1997, pág. 9, me ha hecho recordar esta versión del suicidio de von Kleist.

1. Un primer paso en esta dirección podría consistir en admitir que, por lo pronto, la tarea de justificación de las normas morales no es muy diferente a la que realizan los científicos de la naturaleza cuando intentan fundamentar sus leyes explicativas: ambos parten de supuestos básicos y aplican criterios de admisibilidad dentro del respectivo sistema. En ambos casos estos supuestos básicos incluyen alguna versión de la realidad a la cual se aplica el sistema. Así, podría decirse, los físicos presuponen la existencia de una cierta realidad objetiva, externa al observador, sujeta a mutaciones pero susceptible de conocimientos seguros, es decir, verdaderos. Dado que la ciencia de la moral se centra en el estudio y formulación de normas del comportamiento humano, es obvio que sus supuestos básicos deberán contener también alguna concepción del ser humano como agente moral y el rechazo de versiones fuertes del determinismo. El escéptico total acerca de la realidad externa y de la posibilidad de establecer relaciones causales no intentará, desde luego, formular leyes físicas y, de igual manera, quien sustente una posición determinista extrema no podrá formular reglas de comportamiento (ni morales ni jurídicas).

Detrás de estos supuestos básicos, se extiende el ámbito de lo ignorado, o de lo no fundamentable o no justificable. Pero esta ignorancia es una ignorancia que suele ser querida y es útil, pues permite acotar el campo de lo fundamentable y/o justificable. Si se quiere poner algún orden en la naturaleza o encontrar algún sentido a la vida humana sin recurrir a soportes trascendentes, tenemos que movernos sobre la base de una renuncia al conocimiento total. Algo de esto presupone Peter Strawson cuando se refiere al «makeup psicológico» de los seres humanos que los lleva a fijar un límite a las actitudes objetivas en sus relaciones interpersonales y a suspender el juicio acerca de la verdad o falsedad de las tesis deterministas[3].

Este primer supuesto podría ser llamado el «supuesto de la ignorancia querida». Los límites de esta ignorancia están sujetos, desde luego, a desplazamientos producidos por el avance de las ciencias naturales y del círculo expansivo de la moral. La ignorancia querida no debe ser, pues, confundida con aquello que Condorcet llamaba la «ignorancia presuntuosa», que le presenta al espíritu humano.

> «aquello que no conoce como imposible de ser conocido, a fin de dejar librado a la duda, a la incertidumbre, y por consiguiente a principios vagos y arbitrarios, cuestiones importantes para la felicidad de la humanidad»[4].

Cfr. Peter Strawson, «Freedom and Resentment» en, del mismo autor, *Freedom and Resentment and other Essays,* Londres: Methuen & Co. Ltd., 1974, págs. 125.

---

[3] Cfr. Peter Strawson, «Freedom and Resentment» en, del mismo autor, *Freedom and Resentment and other Essays*, Londres: Methuen & Co. Ltd., 1974, págs. 125.

[4] Citado según Roshdi Rashed, *Condorcet. Mathématique et société,* París: Hermann, 1974, pág. 25.

2. Ni los científicos de la naturaleza ni los teóricos de la moral podrían construir sistema alguno si no establecieran reglas de inferencia y criterios de selección para los enunciados que pueden ingresar en sus respectivos sistemas. Así, los físicos suelen postular el criterio de falsabilidad como criterio de admisibilidad. Quien no siendo escéptico rechace el criterio de admisibilidad (falsabilidad) podrá, en el mejor de los casos, practicar astrología pero no astronomía.

Tanto en el caso de las ciencias naturales como en el de la moral, se aceptan las reglas de inferencia de la lógica deductiva. Y, de manera similar a lo que sucede en el caso de la física, también en el campo de la moral existe un criterio básico de admisibilidad: el de imparcialidad. Quien se niegue a aceptarlo, al igual que el astrólogo, podrá formular leyes o normas de conducta pero ellas no podrían ser calificadas de morales.

A lo largo de la historia, este principio ha recibido diversas designaciones. Leibniz lo llamaba «principio de equidad», es decir, el de la igualdad de razones para la justificación de las acciones y omisiones:

> «En general, se os formula un pedido de hacer u omitir algo. Si rechazáis el pedido, uno tiene razón para quejarse pues puede suponer que formularíais el mismo pedido si estuvieses en el lugar del que lo formula. Y es el principio de equidad o, lo que es la misma cosa, de igualdad o de la misma razón el que exige que uno acuerdelo que uno quisiera en un caso parecido sin pretender estar contra la razón o poder alegar su voluntad como razón [...] Colocaos en el lugar del otro y os encontraréis en el punto de vista correcto para juzgar lo que es justo o no.»[5]

Del principio de equidad, Leibniz infería la posibilidad de proporcionar una fundamentación no sólo de los deberes negativos sino también de los positivos.

Leibniz suele ilustrar sus consideraciones éticas con ejemplos más o menos exóticos de ataques de elefantes africanos. Si hubiera conocido algunos detalles de las andanzas de Carlos V en Italia, podría haber tenido una buena anécdota histórica para ilustrar, al menos, el caso de la sustitución de los argumentos de la razón por las decisiones de la voluntad. Como es sabido, Carlos V ordenó derrumbar las torres de las casas nobles de la ciudad de Siena. Cuando se le preguntó cuál era la razón de esta medida, respondió «Así lo quiero, así lo ordeno; en vez de razón, valga mi voluntad».[6]

Georg Henrik von Wright ha propuesto el principio de simetría que exige que se den razones que justifiquen el apartamiento del mismo y prohíbe la adopción de posiciones privilegiadas.

---

[5] Gottfried Wilhelm Leibniz, «Méditation sur la notion commune de la justice», en Georg Mollat, *Mittheilungen aus Leibnizens ungedruckten Schriften,* Leipzig: H. Haessel, 1893, págs. 41-70, pág.57.

[6] Cfr. Klaus Zimmermanns, *Toscana,* Colonia: DuMont, 1980, pág. 278.

> «Pero, aun si uno no puede dar razones de por qué los hombres deberían actuar moralmente por motivos morales, se puede tratar de hacer que un hombre respete el bien de otro como si fuera propio, usando argumentos que se parecen a una apelación a fines. [...] Casi podría llamarse a esta apelación al sentido de justicia una apelación al sentido de simetría. "Si mis deseos son satisfechos a expensas de los de otro, ¿por qué no han de serlo sus deseos a expensas de los míos?" Esto es como decir: "Por simetría tienes que desear ser justo".»[7]

La violación del principio de simetría conduciría a comportamientos parasitarios o privilegiados:

> «La posibilidad de agregar a las bendiciones del reino de la justicia las ganancias de una acción injusta, dicho brevemente: la posibilidad de aquello que hemos llamado acción parasitaria, constituye un sentido importante en el que puede decirse que la justicia y la moralidad carecen esencialmente de una justificación utilitarista.»[8]

Este segundo supuesto, referido al criterio de admisibilidad, tiene carácter normativo y puede ser llamado el «postulado de simetría».

3. Tanto para las ciencias de la naturaleza como para las de la moral rigen exigencias de racionalidad no sólo en el sentido de que en la formulación de las leyes o normas ha de respetarse la consistencia lógica sino también en el sentido de que los argumentos que se aduzcan deben ser racionalmente accesibles, tienen que ofrecer «razones puente», que permitan ser recorridas y comprendidas por todos aquellos que deseen participar en la correspondiente empresa científica. Esto excluye la apelación a las propias creencias religiosas, metafísicas o ideológicas como base argumentativa. El avance de la ciencia es, por ello, la marcha desde el mito al logos, para usar la conocida fórmula de Werner Jäger. Tanto las ciencias naturales como las morales han tenido siempre que vencer la resistencia de la irracionalidad y del dogmatismo fanático que transforman la superstición en instancia suprema y el terror en virtud.

La exigencia de racionalidad argumentativa interpersonal podría llamarse el «postulado del puente», que permitiría satisfacer aquello que Gerald E Gaus ha llamado *condición de accesibilidad*.[9]

4. Existe un cuarto aspecto que merece ser tenido en cuenta cuando se intenta establecer comparaciones entre la labor de los teóricos de las ciencias naturales y los de la moral. Von Wright ha señalado también que los juicios acerca de lo que es bueno o malo para el hombre son, en parte, juicios sobre

---

[7] Georg Henrik von Wright, *Varieties of Goodness,* Londres: Routledge & Kegan Paul, 1963, pág. 210.

[8] Georg Henrik von Wright, *Varieties of Goodness,* cit., pág. 215.

[9] Gerald F. Gaus, *Justificatory Liberalism. An Essay on Epistemology and Political Theory,* Nueva York/Oxford: Oxford University Press, 1996, pág. 132.

cuestiones fácticas, vinculadas con el conocimiento de relaciones causales[10].

Si esto es así, parecería que una parte de la discusión entre diversas concepciones morales no se refiere tanto a los valores que están en juego cuanto a los medios que deben utilizarse para obtenerlos. Por lo que respecta al nivel de las relaciones causales sería, pues, posible reducir el ámbito de divergencias acerca de las normas que deben regir en una o en todas las sociedades. Más aún, en muchos casos, se trataría exclusivamente de divergencias sobre hechos y no sobre valores.[11]

En un reciente libro, Partha Dasgupta ha insistido en la necesidad de analizar los desacuerdos morales con miras a determinar si se trata de conflictos sobre hechos o sobre valores.

Así, por ejemplo, hay algunos hechos que se refieren al bienestar de una persona y que son independientes de la concepción de lo bueno que uno tenga:

> «Está, por ejemplo, su estado de salud y el número de años que espera vivir, su disposición de recursos y servicios y el uso que puede hacer de esos recursos y servicios. Manifiestamente consiste también en el grado en que es libre para formar asociaciones y amistades, expresar su opinión, hacer lo que racionalmente desea, el acceso que tiene a la información acerca de los demás y del mundo [...] Está pues el hecho agradable que estos determinantes del bien de una persona son medibles y comparables sin que para ello importe cuál sea la concepción del bien que la persona resulte tener. Esto es sintomático de la objetividad de la verdad ética y proporciona una razón de por qué la gastada distinción entre hechos y valores es mucho menos aguda que lo que típicamente se ha supuesto.»
> [...]
> «Conceptos tales como *desnutrición, enfermedad y miseria* [...] tienen también un contenido evaluativo ya que no hay forma de decir cuál debería ser o puede ser nuestra evaluación ética del estado de desnutrición, o enfermedad o miseria sin tener que usar palabras como desnutrición, enfermedad o miseria. Para dar un ejemplo, supongamos que es una descripción apropiada decir que un 15 por ciento de la población de una nación sufre de desnutrición crónica. En la evaluación de este estado de cosas no juega ningún papel una oración adicional tal como "Es un mal estado de cosas que el 15 por ciento de la población sufra desnutrición". Esto es así porque para responder por qué esto es malo nos veríamos forzados simplemente a ofrecer una descripción de la desnutrición o algo muy similar; es decir, estaríamos obligados a describir las consecuencias físicas y mentales de una dieta inadecuada. No es posible separar los componentes "descriptivos" y "evaluativos" de conceptos tales como miseria. Están entretejidos.»[12]

---

[10] Georg Henrik von Wright, *Varieties of Goodness,* cit., pág. 111.

[11] Cfr. Partha Dasgupta, *An Inquiry into WellBeing and Destitution,* Oxford: Oxford University Press, 1993.

[12] Partha Dasgupta, op. cit., pág. 6 s.

Esta constatación nos permite formular una tesis modesta pero fecunda por sus consecuencias prácticas: la tesis del solapamiento parcial de los juicios morales y los juicios empíricos.

5. Pero, aun cuando se aceptaran estos cuatro puntos, queda por solucionar el núcleo de la cuestión. Se puede siempre aducir que el criterio de imparcialidad, de simetría o de equidad no es nada más que una variante de la regla de oro, sobre la que pesa la secular sospecha de vacuidad. A diferencia de las ciencias naturales o de la matemática, que pueden recurrir a la experimentación o a la pura coherencia lógica, respectivamente, inmunes a las opiniones subjetivas de los individuos, la ciencia de la moral sólo puede recurrir al auxilio de opiniones subjetivas incontrolables. Únicamente aquellos ámbitos del conocimiento humano que pueden ser sometidos a prueba empírica o que no requieren más que la consistencia lógica de sus enunciados podrían ser calificados de "científicos". Como tal no es el caso de la moral, ella sería sólo un conjunto de enunciados incontrolables.

Esta fue la posición sostenida en el segundo tercio del siglo XX en el campo de las ciencias económicas, del derecho y de la filosofía práctica. En 1935, Lionel Robbins publicó, bajo el título *Essay on the Nature and Significance of Economic Science,* un libro que es considerado como una obra clásica por lo que respecta a las relaciones entre ética y economía. La tesis central de Robbins sostenía la necesidad de establecer una distinción tajante entre los ámbitos de investigación de ambas disciplinas. Según Robbins, cierta clase de juicios de valor, especialmente los de naturaleza ética, debían ser desterrados del campo de la economía. Las comparaciones interpersonales de utilidad, que habían sido consideradas como fundamentales por los teóricos de la economía de bienestar de orientación utilitarista, fueron calificadas por Robbins como «normativas» o «éticas» y, por lo tanto, como «no científicas».

En el campo de la filosofía del derecho, Hans Kelsen publica en 1934, es decir un año antes que el libro de Robbins, su *Reine Rechtslehre.* En esta obra, con argumentos similares a los de Robbins, aboga por una separación radical entre derecho y moral.

Desde el punto de vista estrictamente filosófico, las posiciones de Robbins y de Kelsen contaban con el apoyo de la obra de Max Weber y Hans Reichenbach y, sobre todo, de Julius Ayer quien, en 1936, publica su *Language, Truth and Logic* en donde los juicios éticos quedan reducidos a expresiones de estados de ánimo de aprobación o de rechazo. En la filosofía del derecho, Alf Ross recogería esta versión emotivista de la ética en su libro *Sobre el derecho y la justicia,* en el que sostenía que decir que algo es justo era equivalente a dar un puñetazo sobre una mesa en señal de aprobación. En nuestros días, por lo que respecta a la epistemología de las ciencias natura-

les, el nocognoscitivismo emotivista ha vuelto a cobrar actualidad. Así, según Rorty:

> «Para el pragmatista [...] "conocimiento" es, al igual que "verdad", simplemente un cumplido que se hace a las creencias que consideramos están tan bien justificadas que, de momento, no requieren otra justificación.»[13]

No es necesario entrar aquí en la consideración de los esfuerzos realizados por Charles Stevenson para procurar crear un marco racional a las discusiones éticas signadas por el emotivismo, con su distinción entre desacuerdos de actitudes y desacuerdos de creencias. Tampoco quiero detenerme en la exposición de los argumentos esgrimidos en contra del relativismo epistemológico de Thomas Kuhn o del anarquismo científico del «todo vale», de Paul Feyerabend.

Me interesa, en cambio, subrayar que este enfoque conduce a una discusión estéril que resulta precisamente del intento de aplicar indiscriminadamente criterios específicos de corrección, es decir, válidos sólo para un determinado campo del saber. Se produce entonces una especie de actitud «imperialista» de un ámbito con respecto a los demás. Así, por ejemplo, pretender aplicar el criterio de corrección de la verdad empírica a la moral significa negarle a esta última toda pretensión de cientificidad. Pero, lo mismo sucedería con el intento de aplicar los criterios de corrección de la matemática (que no dice nada acerca de la realidad) a las ciencias naturales.

Ulises Moulines[14] ha insistido, en mi opinión con buenos argumentos, en la imposibilidad de contar con un «criterio general para decidir qué juicios han de caer bajo el concepto de verdad y cuáles no.»[15] Éste habría sido el problema con el que infructuosamente se habría enfrentado Frege en los últimos años de su vida.

Pero, admitamos que las ciencias naturales poseen un criterio de corrección de sus enunciados que no tiene por qué ser el de la verdad que buscaba Frege. Y admitamos que las matemáticas también lo poseen. Lo que sabemos con certeza es que ambos criterios no son idénticos y que pretender aplicarlos indistintamente a ambos tipos de ciencias sólo conduciría a la puesta en duda de su carácter científico, es decir, a lo opuesto de lo que se quería asegurar con el recurso a criterios de corrección.

Es verdad que la aplicación de métodos de una ciencia general puede contribuir a dotar de mayor precisión a una ciencia particular. Esto era pre-

---

[13] Citado según Ernest Sosa, «Normative Objectivity» en Ernesto Garzón Valdés et al., *Normative Systems in Legal and Moral Theory,* Berlín: Duncker & Humblot, 1997, págs. 141-151, pág. 146.

[14] Cfr. Ulises Moulines, «Desarrollo científico y verdad», en *Ágora,* 11/1 (1992), págs. 179-182.

[15] Ulises Moulines, «Desarrollo científico y verdad», cit., pág. 181.

cisamente lo que proponía Condorcet cuando se refería a la posibilidad de otorgar mayor «cientificidad» a las ciencias sociales a través del cálculo matemático[16]. Pero ello no significaba pretender aplicarles exclusivamente los criterios de corrección de este último.

De lo que se trata, pues, es de aceptar el postulado normativo de «prohibición del imperialismo de los criterios de corrección». Si se quiere usar la terminología de von Wright, podría hablarse de la «prohibición del fundamentalismo científico» («scientific fundamentalism»).

6. Pero hay algo más: del hecho que contemos con criterios de corrección generalmente aceptados en las ciencias naturales y en las matemáticas, no se infiere que no pueda haber algún criterio de corrección para la ciencia de la moral.

Dejemos de lado los criterios de tipo teológico o puramente ideológicos, ya que ellos no satisfacen el «postulado del puente».

Podría pensarse que, así como en las ciencias naturales la verdad o la falsedad empírica de las derivaciones de los supuestos básicos sirven para juzgar acerca de la sostenibilidad de aquéllos, así también en la moral la razonabilidad de las derivaciones prácticas de sus postulados básicos serviría para determinar la plausibilidad de los mismos. Este criterio podría ser llamado el «criterio de razonabilidad» que, al igual que en el caso del criterio de verdad empírica en las ciencias naturales, serviría también de freno a lo «meramente racional» («merely rational», von Wright).

El criterio de razonabilidad sería pues el recurso salvador del carácter científico de la teoría moral.

7. En la filosofía política, sobre todo por lo que respecta a la concepción de la justicia entendida no como una teoría moral amplia que establezca principios y reglas para todos los ámbitos de la vida sino como una teoría referida al ámbito de las instituciones políticas, sociales o económicas, el criterio de razonabilidad ha sido utilizado en los últimos años por diferentes autores empeñados en buscar una solución a los problemas morales de sociedades multiculturales y en superar las supuestas debilidades del relativismo o del escepticismo axiológico, sin aceptar por ello argumentos de tipo prudencial que tan sólo asegurarían un inestable *modus vivendi*. Dos ejemplos pueden bastar para ilustrar esta afirmación.

John Rawls recurre, por lo pronto, al criterio de razonabilidad para la justificación de los sistemas políticos:

> «[...] la idea de lo razonable es más adecuada como parte de la base de la justificación pública de un régimen constitucional que la idea de verdad moral. El sostener que una concepción política es verdadera y sólo por esta razón la úni-

[16] Cfr. Roshdi Rashed, *Condorcet. Mathématique et société,* cit., pág. 18.

ca base adecuada de la razón pública, es exclusivo y, por ello, hasta sectario y es probable que estimule la división política.»[17]

La concepción rawlsiana de la justicia política prescinde del concepto de verdad y se limita a la idea de lo razonable ya que ella haría posible

«el solapamiento consensual de las doctrinas razonables de una manera que no puede lograrlo el concepto de verdad.»[18]

La tesis central de *Political Liberalism* de John Rawls es que una teoría de la justicia está justificada si es aceptable por toda persona razonable. Como es sabido, Rawls establece una diferencia entre racionalidad práctica y razonabilidad que remonta a Kant.

«Lo racional es, sin embargo, una idea diferente de lo razonable y se aplica a... [...] un agente que tiene capacidad de juicio y deliberación en la búsqueda de sus fines e intereses que le son peculiarmente propios. Lo racional se aplica a cómo estos fines e intereses son adoptados y afirmados al igual de cómo se les da prioridad. Se aplica también a la elección de los medios [...]»[19]

Un agente puramente racional carecería de aquello que Kant llamaba «predisposición para la personalidad moral». Esta capacidad es la que tendría el agente razonable:

«La disposición a ser razonable no se deriva de ni se opone a lo racional pero es incompatible con el egoísmo, porque está relacionada con la disposición a actuar moralmente.»[20]

Sobre la base de su concepto de razonabilidad, Rawls formula lo que podría llamarse la *tesis de la gente razonable,* que conferiría objetividad a las convicciones políticas.

Entre gente razonable existen divergencias provocadas por aquello que Rawls, con una designación que puede inducir a error, llama *«burdens of judgment»,* las cargas de la razón, o del juicio. En el caso de estas divergencias razonables de opinión, cada cual puede defender su concepción del bien sin por ello poder demostrar que las que la contradicen son inconsistentes o no razonables. Sobre la base de este hecho es necesario, según Rawls, llegar a un solapamiento de consenso o a un consenso amplio que es el que sirve de sustento a una concepción política de la justicia. Lo único que se requiere es que los representantes de las diferentes teorías de la verdad o de la validez de las normas reconozcan el ideal de la libertad y la igualdad ciudadanas.

---

[17] John Rawls, *Political Liberalism,* Nueva York: Columbia University Press, 1993, pág. 129.

[18] John Rawls, *Political Liberalism,* cit., pág. 94.

[19] John Rawls, *Political Liberalism,* cit., pág. 50.

[20] John Rawls, *Political Liberalism,* cit., nota 1 en pág. 49.

Precisamente porque existen los *burdens of judgment,* ninguna concepción de lo bueno puede imponerse legítimamente a las demás, pues estas cargas fijan los límites a la fundamentabilidad a través de argumentos si es que se quiere pensar racional e imparcialmente. De aquí infiere Rawls el principio de tolerancia con respecto a las otras concepciones de lo bueno.

Esta tolerancia sólo se daría entre personas que razonablemente sostienen sus concepciones de lo bueno. Como el propio Rawls afirma, habría que «desalentar o hasta excluir» aquellas concepciones de lo bueno que propician

> «la represión o la degradación de ciertas personas por razones raciales o étnicas, o perfeccionistas, por ejemplo, la esclavitud en la antigua Atenas o en el Sur antebellum».[21]

Pero esto valdría tan sólo para aquella sociedad que satisface las condiciones de razonabilidad impuestas por la «carga del juicio». En el ámbito internacional, la tolerancia frente a otros regímenes exigiría una actitud de extrema cautela. En efecto, en su ensayo «The Law of Peoples»[22], Rawls reduce considerablemente el universalismo del liberalismo al sostener que «no es posible requerir razonablemente a todos los pueblos que sean liberales» y que una sociedad no liberal «puede ser bien ordenada y justa»[23]. Dado que el liberalismo político rawlsiano está conceptualmente vinculado con la idea de razonabilidad como condición necesaria (¿y hasta suficiente?), los pueblos que no cuentan con un régimen político liberal carecerían de una población «razonable». Pero, si en el orden interno está permitido «desalentar y hasta excluir» las posiciones no razonables, ¿por qué habría de estar prohibido moralmente la intervención benevolente en estos casos? A menos que se aliente un temor irrazonable ante posibles acusaciones de etnocentrismo o se crea firmemente en la relevancia moral de las fronteras políticas, no veo razón alguna para esta cautela rawlsiana. Pero, dejando de lado esta cuestión, más interesante es la afirmación según la cual estas sociedades podrían ser también «bien ordenadas y justas». Me cuesta entender qué querría decir aquí «justas» ya que, por definición, ello exigiría la existencia de una sociedad razonable y, si lo es, tendría que aceptar los principios de la justicia política rawlsiana.

Conviene ahora detenerse a recordar brevemente otra posición que recurre también al concepto de razonabilidad como criterio de corrección.

---

[21] John Rawls, *Political Liberalism,* cit., pág. 196.

[22] En *Critical Inquiry* 20 (1993), págs. 36-68.

[23] John Rawls, *Critical Inquiry,* cit., págs. 37, 44.

Brian Barry en *Justice as Impartiality*[24], sobre la base de la concepción de la posición originaria de Thomas Scanlon, recurre también a la idea de razonabilidad para definir su concepción de la justicia:

> «Llamaré una teoría de la justicia como imparcialidad, aquella teoría de la justicia que recurre a los términos del acuerdo razonable.»[25]

También para Barry lo importante es mediar entre concepciones conflictivas de lo bueno sabiendo que las disputas acerca de lo bueno son insolubles. Su línea argumentativa contiene tres elementos:

> «Presupone la existencia de un deseo de lograr un acuerdo con los demás en términos que nadie podría rechazar razonablemente. El argumento prosigue sugiriendo que ninguna concepción de lo bueno proporciona una base para un acuerdo que nadie podría rechazar razonablemente. La neutralidad se presenta pues como la solución al problema del acuerdo.»[26]

En cambio, permitir que cada cual desarrolle sin más su concepción de lo bueno traería como consecuencia que en una sociedad la gente perseguiría fines recíprocamente inconsistentes y la salida final sería la guerra civil.

> «[U]na sociedad en la cual la gente no acepta ninguna guía de conducta excepto su propia concepción de lo bueno[27] [...] está condenada a la frustración mutua y al conflicto[28].»

Por ello:

> «La respuesta que deseo defender es que ninguna concepción de lo bueno puede ser sostenida justificablemente con un grado de certeza que permita su imposición a quienes la rechazan.»[29]

Sin embargo, parecería que existen algunas concepciones de lo bueno que vedan a quienes las sustentan la posibilidad de entrar en acuerdos razonables. Reiteradamente recuerda Barry que tal sería el caso de las concepciones de lo bueno de Tomás de Aquino, de Friedrich Nietzsche y de los católicos romanos que creen en un derecho natural. En estos tres casos, nos encontraríamos frente a concepciones de lo bueno que no permiten llegar a un acuerdo razonable. Frente a ellas, la actitud de Barry es más decidida que la de Rawls:

> «No intento negar, por supuesto, que no haya que tomar en serio a la gente que desprecia la idea de razonabilidad. Pero, la única respuesta válida frente a ella es tratar de

---

[24] Oxford: Clarendon Press, 1995.

[25] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 7.

[26] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 168.

[27] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 27.

[28] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 30.

[29] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 169.

derrotarla políticamente y, si es necesario, reprimirla por la fuerza.»[30]

Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 27. Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 30.

[30] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., págs. 168 s.

Así, pues, tanto la teoría de Rawls como la de Barry aplican el criterio de la razonabilidad como criterio de corrección de justicia política para sociedades multiculturales pero homogéneas en el sentido de que sus miembros están dispuestos a renunciar a la imposición de sus concepciones de lo bueno a fin de lograr una paz social razonable. Ambas teorías pretenden ser neutrales con respecto a las diferentes concepciones razonables de lo bueno. Esta neutralidad no presupondría ninguna concepción de lo bueno. En cierto modo, podría decirse que se basta a sí misma. Lo único que requiere es que los acuerdos sociales puedan «ser razonablemente aceptados por personas libres e iguales.»[31] También Rawls requiere que los sujetos de los acuerdos razonables sean «ciudadanos libres e iguales».[32]

A diferencia de Rawls, Barry aspira a que su teoría de la justicia tenga alcance universal:

> «Una teoría de la justicia no puede ser simplemente una teoría acerca de lo que la justicia demanda en esta sociedad particular sino que tiene que ser una teoría de lo que es la justicia en cualquier sociedad.»
>
> «[...] un segundo defecto en la imagen antiuniversalista es la tendencia a exagerar la inconmensurabilidad de las ideas prevalecientes en diferentes sociedades.»[33]

8. Pero, ¿hasta qué punto la idea de lo razonable no posee una referencia contextual inescapable, es decir, hasta qué punto lo razonable no es un concepto eminentemente relativo? Tal vez pueda ser útil recordar algunas consideraciones de Alf Ross vinculadas con la afirmación «no pudo haber actuado de otra manera».[34] Cuando decimos que alguien no pudo haber actuado de manera diferente a como actuó lo que queremos decir no es que fácticamente no pudiera haber actuado de otra manera sino que la forma como actuó era lo razonablemente esperable dadas no sólo las reglas de comportamiento de una sociedad sino también su nivel epistémico. Lo razonable está en este caso condicionado por las experiencias y pautas de una sociedad que son las que fijan el marco de lo razonablemente esperable. Dentro de este marco los miembros de una sociedad llegan a acuerdos de convivencia que consideran razonables. A la gente de una sociedad S* que cree que las brujas existen y que están poseídas por el demonio, le parecerá razonable la exclusión de estos seres de la vida en sociedad. Y esta gente no tiene por qué estar afectada por deficiencias de razonamiento o negarse a justificar públi-

---

[31] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 112.

[32] John Rawls, *Political Liberalism,* cit., pág. 55.

[33] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 6.

[34] Cfr. Alf Ross, «He could have acted otherwise», en Adolf J. Merki (ed.), *Festschrift für Hans Kelsen zum 90. Geburtstag,* Viena: Deuticke, 1971, págs. 242-261.

camente su condena de las brujas. Ésta sería una «convicción política objetiva» en el sentido de Rawls:

> «Las convicciones políticas (que son también, por supuesto, convicciones morales) son objetivas -realmente basadas en un orden de razones- si personas razonables y racionales, que son lo suficientemente inteligentes y conscientes en el ejercicio de sus facultades de razón práctica y cuyo razonamiento no presenta ninguno de los defectos comunes de razonamiento, eventualmente aprobarían estas convicciones o reducirían considerablemente sus diferencias acerca de ellas, siempre que estas personas conozcan los hechos relevantes y hayan examinado suficientemente las razones relevantes en este asunto bajo condiciones favorables de debida reflexión.»[35]

La gente que cree en la existencia de brujas podría argumentar que satisface plenamente los requisitos rawlsianos de objetividad y razonabilidad de su tiempo y sociedad.

9. Desde otro punto de vista, Gerald Gaus[36] ha criticado también la distinción tajante de Rawls entre racionalidad y razonabilidad y puesto en duda la prioridad de la razonabilidad tal como es concebida por Rawls. No he de entrar aquí a exponer la posición de Gaus. Tan sólo me interesa recoger una de sus sugerencias:

> «En vez de considerar que una creencia es razonable si a ella ha llegado una persona razonable, la teoría política debería invocar directamente pautas para la razonabilidad de las creencias mismas.»[37]

Sobre esta propuesta de Gaus volveré más adelante.

10. Retomando el ejemplo de las brujas, podría decirse que el mismo es improcedente puesto que tanto Rawls como Barry se refieren a sujetos que son «libres e iguales» y que, además, ambos niegan carácter de miembros de la sociedad razonable a gentes que sustentan creencias no razonables como los tomistas, los nietzscheanos, los nazis o los esclavistas.

Correcto; pero si ello es así, entonces el principio de neutralidad queda considerablemente afectado ya que la exigencia de libertad e igualdad presupone una determinada concepción de lo bueno que atribuye a los seres humanos ciertos derechos. Pero es esta atribución la que necesita ser también justificada. Y esta justificación no puede basarse en un acuerdo razonable ya que éste, a su vez, presupone la vigencia de aquellos derechos. Todo esto

---

[35] John Rawls, Political Liberalism, cit., pág. 119.

[36] Gerald Gaus, «The Rational, the Reasonable, and Justitication», en *The Journal of Political Philosophy* 3, 3 (septiembre 1995), págs. 234-258. Citado según Lewis Yelin «Jelin reviews Gaus» *Brown Electronic Article Review Service,* Jamie Dreier/David Estlund (eds.), World Wide Web (http://www.brown.edu/Departments/Philosophy/bears/-homepage.html), Posted 19.9.95.

[37] Gerald Gaus, «The Rational, the Reasonable, and Justification», cit. pág. 253.

provoca la no muy agradable impresión de un movimiento circular que suele conducir al desvanecimiento físico y mental.

Con lo hasta ahora dicho, podría formularse el siguiente razonamiento:

i) Acuerdos razonables son aquellos que acuerdan personas razonables.

ii) Personas razonables son aquellas que desde una posición de igualdad y libertad acuerdan no imponer unilateralmente sus concepciones de lo bueno.

iii) Pero, para que las personas sean libres e iguales tiene que regir una concepción compartida de lo bueno que exige el otorgamiento de estos derechos de libertad e igualdad y que excluye de la celebración de los acuerdos razonables a quienes no la comparten.

iv) Pero entonces no es verdad que la razonabilidad no presuponga una concepción de lo bueno.

11. Si lo que quieren decir Rawls y Barry es que el ámbito de los acuerdos razonables está enmarcado por límites que fijan los temas que no pueden ser objeto de la agenda política, la cuestión que importa es la de saber cómo se fijan estos límites.

Rawls parece admitir la existencia de aquello que suelo llamar «coto vedado» de derechos que no pueden ser objeto de discusión en una sociedad democrática. Así, dice Rawls:

> «Apelamos a una concepción política de la justicia para distinguir entre aquellas cuestiones que pueden ser sacadas razonablemente de la agenda política y aquellas que no pueden serlo.»[38]

Y algo parecido afirma Barry:

> «Hay otras dos cuestiones que tratan invariablemente las constituciones: establecen algunas restricciones con respecto a la operación del sistema legal y establecen los fundamentos del sistema político.»[39]

Parecería entonces que el ámbito de lo razonable está enmarcado por el coto vedado y razonable querría decir tan sólo aquello que los agentes acuerdan respetando el coto vedado. Si ello es así, la razonabilidad, como criterio de corrección, es un criterio débil dependiente del coto vedado.

12. Pero, supongamos que se quiera insistir en la neutralidad. Los enunciados de neutralidad, sabemos, no pueden, según Rawls, basarse en consideraciones prudenciales de un *modus vivendi* ni tampoco ser expresión de alguna concepción de lo bueno. El estatus de estos enunciados sería algo similar al de los enunciados «desprendidos», no comprometidos (*«detached»*), introducidos por Hart en su trabajo sobre Bentham[40]. Estos últimos son

---

[38] John Rawls, *Political Liberalism,* cit., pág. 151.

[39] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 94.

[40] Cfr. Herbert L. A. Hart, *Essays on Bentham - Jurisprudence and Political Theory,* Oxford: Clarendon Press, 1982.

enunciados que se formulan desde el punto de vista de quien acepta la validez de las normas sin comprometerse; podrían ser considerados como la expresión de una aceptación en sentido débil. Con esto, Hart quería subrayar la diferencia entre obligación jurídica y obligación moral.

Pero, lo importante es saber si estos enunciados no comprometidos pueden darse sin el apoyo de los comprometidos, es decir, los formulados desde un punto de vista interno, con sus connotaciones morales. Pienso que ello es imposible. Y lo mismo vale para enunciados de neutralidad que penderían en el aire, si es que se acepta que no se basan en ninguna concepción de lo bueno ni tampoco en razones prudenciales de un *modus vivendi.*

13. Pero hay algo más: tengo fuertes dudas acerca de que la neutralidad pueda conducir a la tolerancia social que evitaría el conflicto entre diversas concepciones de lo bueno. El concepto de tolerancia requiere la existencia de un doble sistema normativo: el sistema normativo básico en el que el acto tolerado está prohibido y el sistema normativo justificante que es el que permite levantar la prohibición. Y esta justificación requiere la invocación de valores que, en última instancia, son morales y, por lo tanto, responden a una concepción de lo bueno. No voy a insistir sobre el tema de la tolerancia porque ya me he referido a él en otro trabajo[41].

14. Admitamos que cuando ingresamos en el ámbito de las concepciones de lo bueno entramos en un terreno inseguro ya que no es posible formular con precisión qué es lo bueno para cada cual. Evitemos el tembladeral y vayamos a un terreno más seguro o preparémonos adecuadamente para ingresar en aquél a través de un desvío.

La vía que deseo proponer es la de considerar no lo que es lo bueno sino lo que es lo malo. Por supuesto que alguien podría aducir que éste es un recurso barato ya que lo malo es la privación del bien, como diría San Agustín. Pero no nos apresuremos.

15. La vía propuesta es una «vía negativa» que partiría de tres suposiciones básicas, que deberían ser sumadas a las ya mencionadas al comienzo de este trabajo. La primera es que, sobre el trasfondo de la ignorancia querida, aceptamos una concepción del agente humano cuyas reglas de comportamiento no son las de un «club de suicidas», como diría Herbert Hart:

> «No podemos hacer abstracción del deseo general de vivir y tenemos que dejar intactos conceptos tales como peligro y seguridad, daño y beneficio, necesidad y función, enfermedad y curación; pues éstas son vías para describir y apreciar simultáneamente las cosas haciendo referencia a la contribución que prestan a la supervivencia, que es aceptada como un fin. [...] Para plantear [...]

[41] Cfr. Ernesto Garzón Valdés, «"No pongas tus sucias manos sobre Mozart". Algunas consideraciones sobre el concepto de tolerancia» en, del mismo autor, *Derecho, ética y política,* Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, págs. 401-415.

cualquier cuestión acerca de *cómo* deberían convivir las personas, tenemos que suponer que su objetivo, hablando en términos generales, es vivir.»[42]

La segunda suposición es una concesión parcial a Rawls y Barry: admitamos que no existe ninguna concepción de lo bueno que no pudiera ser puesta en duda razonablemente. Pero -y por ello la concesión es parcial- de aquí no se infiere sin más una neutralidad razonable que se soporte a sí misma: así como la tolerancia, si es que no quiere convertirse en «tolerancia boba», ha de estar enmarcada por un cerco de intolerancias, así también lo razonable requeriría el cerco de lo irrazonable.

La tercera recoge una constatación de Brian Barry relacionada con la cuestión de por qué la moralidad del sentido común establece una distinción entre evitar un daño y promover un bien:

> «La razón es que hay enorme desacuerdo acerca de en qué consiste lo bueno mientras que personas con una gran variedad de concepciones de lo bueno pueden estar de acuerdo con lo malo del daño.»[43]

La vía negativa podría consistir en buscar, por lo pronto, alguna concepción de lo malo cuya aceptación fuera irrazonable. Partiría, pues, de lo absolutamente irrazonable, es decir, de estados de cosas cuyo rechazo sería unánime, independientemente de la concepción de lo bueno que se tenga o, dicho con otras palabras, cuya aceptación sería una «perversión irracional» (*«irrational perversion»*) para utilizar, una vez más, una expresión de Georg Henrik von Wright[44]. Tal vez no habría mayor inconveniente en utilizar aquí la expresión «irrazonable por excelencia». El propio von Wright ha indicado expresamente cuáles estados de cosas podrían ser incluidos en esta categoría: aquéllos que afectan básicamente la supervivencia de la especie humana.

Tras la barbarie del holocausto, no pocos autores han recurrido a la idea del «mal radical», expresada por Kant en «La religión dentro de los límites de la mera razón». El sentido de esta expresión ha sido, desde luego, modificado ya que no se refiere sólo a «la maldad insuperable» que habita en el corazón humano y que no puede «ser totalmente eliminada», una versión secularizada del pecado original, sino al mal absoluto, a la evidencia empírica del mal.

Lo radicalmente malo impide la realización de todo plan de vida (en cuya formulación suele manifestarse la concepción de lo bueno). Así, podría decirse que para John Stuart Mill, tan enemigo de todo tipo de paternalismo,

---

[42] Herbert L. A. Hart, *The Concept of Law,* Oxford: Clarendon Press, 1963, pág. 188.

[43] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 25.

[44] Georg Henrik von Wright, «Science, Reason, and Value», en, del mismo autor, *The Tree of Knowledge and other Essays,* Leiden/Nueva York/Colonia: E. J. Brill, 1993, págs. 229-248, pág. 247.

la esclavitud era una de las manifestaciones de este mal radical, y, por ello, rechazaba la permisibilidad moral de la esclavitud voluntaria aduciendo que la libertad era condición necesaria para la realización de todo plan de vida.

La vía negativa aquí propuesta es similar a la de Dasgupta:

> «Mi idea es que estudiando una forma extrema de malestar ("ill being") podemos obtener una comprensión del bienestar ("well being").»[45]

No muy diferente es el enfoque de Avishai Margalit cuando trata de caracterizar una sociedad decente negativamente, es decir, partiendo de la definición de una sociedad indecente. Como justificación de esta vía negativa aduce tres tipos de razones: morales, lógicas y epistémicas:

> «La razón moral procede de mi convicción de que existe una fuerte asimetría entre erradicar el mal y promover el bien. Es mucho más urgente eliminar males dolorosos que crear beneficios agradables. [...] La razón lógica está basada en la distinción entre los fines que pueden ser alcanzados directa e inteligiblemente y aquellos que son esencialmente productos secundarios y no pueden ser obtenidos directamente. [...] Existen actos específicos, tales como escupirle a alguien en la cara, que son humillantes sin ser productos secundarios de otros actos. [...] La tercera razón, la epistémica, es que es más fácil identificar la humillación que el comportamiento respetuoso, así como es más fácil identificar la enfermedad que la salud. [...] Todas éstas son razones para elegir caracterizar negativamente y no positivamente la sociedad decente [...]»[46]

16. No deja de ser interesante señalar que los intentos de justificación del establecimiento de un orden estatal suelen partir de la presentación de alternativas caracterizadas por notas negativas extremas cuya vigencia, se supone, nadie estaría dispuesto a aceptar, cualesquiera que puedan ser las concepciones de lo bueno que cada cual sustente. Baste aquí, como ejemplo, recordar a dos autores, que manifiestamente tenían concepciones diversas acerca de lo bueno (al menos por lo que respecta a lo bueno político), Thomas Hobbes y John Locke. Como es bien sabido, en el estado de naturaleza hobbesiano la vida es «solitaria, pobre, desagradable, brutal y breve»[47]. No muy diferente es la versión de John Locke: en la vida social preestatal imperan la «enemistad, la malicia, la violencia y la destrucción mutua»[48]. Ambos autores están persuadidos de que ningún ser razonablemente racional habrá de optar por el mantenimiento de esta precaria situación. El estableci-

---

[45] Partha Dasgupta, *An Inquiry into WellBeing and Destitution,* cit., pág. 8.

[46] Avishai Margalit, *The Decent Society,* Cambridge (Mass.): Harvard University Press, 1998, págs. 4 s.

[47] Thomas Hobbes, *Leviathan,* Londres: J. M. Dent & Sons 1957, pág. 65.

[48] John Locke, *The Second Treatise of Government,* Indianápolis: The BobbsMerrill Company, 1952, pág. 13.

miento de un orden social es, tanto para Hobbes como para Locke, el primer paso para la superación del «malestar» del estado de naturaleza.

Otro es el caso cuando se trata de concepciones de lo bueno. Aquí no sólo existen divergencias notorias y hasta irreconciliables entre los diferentes individuos sino que aquello que es bueno para una misma persona parece no poder ser nunca alcanzable plenamente. Nicolás Maquiavelo lo sabía: «los deseos humanos son insaciables, pues la naturaleza humana desea y quiere todo [...] de aquí surge [...] una eterna insatisfacción [...]»[49]

Es verdad que el argumento agustiniano es bien fuerte y hasta parece ser irrebatible: lo malo sería siempre la negación de lo bueno. Sin embargo, si se ven las cosas desde una perspectiva algo diferente, tal vez podría admitirse que es más fácil comprobar un consenso universal acerca del mal radical que acerca de lo bueno absoluto[50]. El propio dinamismo de los deseos humanos hace difícil precisar la denotación de lo bueno en sí. Es ello justamente lo que aconseja dejar librado a cada cual las estrategias de la felicidad y, en cambio, encomendar al orden políticojurídico la tarea de superar los llamados «estados de naturaleza».

17. Pero no sólo hay consenso acerca de la irrazonabilidad del llamado «mal radical». También con respecto al concepto de daño existe un acuerdo básico, cualquiera que pueda ser la concepción de lo bueno que se sustente. Brian Barry ha observado al respecto:

> «Sin embargo, para la justicia como imparcialidad, la importancia del daño reside en que es reconocido como malo dentro de una amplia variedad de concepciones de lo bueno [...]. Se ha sostenido muy a menudo como crítica a este paso que el concepto de daño no puede funcionar de esta manera porque el contenido de "daño" refleja la concepción particular del bien de la persona que emplea el término. Sin embargo, nunca he visto que esta afirmación esté respaldada por una evidencia convincente y no creo que pueda serlo. Vale la pena tener en cuenta, por ejemplo, que toda sociedad recurre a una gama muy limitada de castigos tales como privación de dinero o propiedad, encierro físico, pérdida de partes del cuerpo, dolor y muerte. A menos que esto fuera considerado por gente que tiene una amplia variedad de concepciones de lo bueno como males, ellos no funcionarían confiablemente como castigos. Es también relevante que aun en sociedades con ideas acerca de la causación del daño que no compartimos, nos es familiar la concepción de los tipos de cosas que constituyen daño.»[51]

---

[49] Niccolò Machiavelli, *Discorsi,* Stuttgart: Alfred Kröner, 1977, pág. 163.

[50] No deja de ser interesante señalar que el recurso de la vía negativa ha sido utilizada también para facilitar la definición de conceptos tales como el de «libertad social». Tal es el caso, por ejemplo, de Felix Oppenheim *(Political Concepts. A Reconstruction,* Oxford: Blackwell, 1981, pág. 53): «Examinaré, primero, el concepto de nolibertad *(unfreedom)* social porque es el más simple [...] y porque nos ayudará a definir el concepto de libertad social.»

[51] Brian Barry, *Justice as Impartiality,* cit., pág. 141.

Es decir, que las diferentes concepciones morales no se diferencian tanto por lo que respecta a qué ha de constituir un daño sino más bien por las razones que justifican la imposición del mismo. Obviamente, ellas serán tanto más razonables cuanto menos se acerquen innecesariamente al cerco de lo irrazonable.

18. Tomando en cuenta los supuestos mencionados en la sección anterior, podría recurrirse al concepto de irrazonabilidad como criterio de incorrección.

Desde lo irrazonable por excelencia y su negación[52], se puede iniciar la marcha moral que consiste en irse alejando de la «irrational perversion» o del «illbeing». Cada uno de estos pasos podrían ser calificados de razonables. Cuáles sean los pasos que haya que dar para lograr avances en esta dirección es algo que depende de la situación de cada sociedad. Ello puede explicar por qué las exigencias de razonabilidad pueden ser diferentes según los tiempos y lugares. En este sentido tendría razón Alf Ross cuando se refiere al condicionamiento contextual de lo razonablemente esperable.

En todo caso, si utilizando la vía negativa, quiere recurrirse al concepto de razonabilidad, estos pasos deberían satisfacer, por lo menos, dos condiciones mínimas:

a) No lesionar aquello que, utilizando la terminología de Thomas Nagel, podría llamarse la «razonable parcialidad» de todo agente[53]. Las normas morales no prescriben comportamientos supererogatorios que impongan a sus destinatarios actitudes de autosacrificio propias del héroe o del santo. Así, por ejemplo, por más respeto que se tenga por la vida de los demás, el agente destinatario de una norma moral privilegiará la salvación de su propia vida. El no haber considerado este aspecto de razonable parcialidad es lo que probablemente le hacía pensar a Max Weber que

> «El mandamiento evangélico es incondicionado e inequívoco: dona lo que tienes, todo simplemente. [...] Una ética de la indignidad, a menos que se sea un santo. Esto es: hay que ser un santo en todo, al menos querer serlo, hay que vivir como Jesús, como los apóstoles, como san Francisco, entonces tiene sentido esta ética y es expresión de una dignidad. En caso contrario, no.»[54]

---

[52] La vía de partir de lo extremadamente malo, para luego pasar a lo mínimamente bueno y a lo óptimo, puede ser bien fecunda. Así Dasgupta (op. cit.) parte del concepto de «illbeing» para acercarse a una mejor definición del «wellbeing». En el caso de la discusión acerca de la universalidad de los derechos humanos, muchas veces trabada por el argumento de que ellos responden a una concepción del bien propia de las sociedades occidentales, es aconsejable también partir del análisis de lo que universalmente es considerado como malo o dañoso, por ejemplo: la muerte, la tortura, la miseria.

[53] Sobre este punto y sobre las condiciones de «nonrejectability» de las normas morales y su vinculación con el criterio de razonabilidad, cfr. Thomas Nagel, *Equality and Partiality,* Oxford: Oxford University Press, 1991, págs. 38 ss.

[54] Max Weber, «Politik als Beruf» en *Gesammelte politische Schriften* (herausgegeben von Johannes Winckelmann, Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck)), 1958, págs. 505-560, pág. 550.

El criterio de razonabilidad no nos impone andar por el mundo con una cruz a cuestas ni privamos de la satisfacción de nuestras propias necesidades para satisfacer necesidades o deseos de un mismo nivel de las demás personas. El criterio de razonabilidad impide justamente que el mundo se convierta en un «infierno moral».

b) No dar lugar a situaciones de privilegio que van más allá de la «razonable parcialidad» o promueven comportamientos parasitarios. Si el cumplimiento de la primera condición impide la aparición del infierno moral, la segunda prohíbe el establecimiento de «paraísos de egoísmo» en donde la satisfacción de nuestras necesidades y deseos se realiza a costa del sacrificio de necesidades y deseos del mismo nivel de las demás personas.

19. Los casos concretos de aplicación de una regla pueden poner de manifiesto la irrazonabilidad de aquélla. La irrazonabilidad funcionaría de manera similar a la falsabilidad en las ciencias naturales, sirviendo de límite a lo «meramente racional»:

> «Tal como yo lo veo, la racionalidad, cuando es contrastada con la razonabilidad, tiene que ver primariamente con la corrección formal del razonamiento, con la eficacia de los medios para un fin, la confirmación y la puesta a prueba de las creencias. Está orientada a fines [...] Los juicios de razonabilidad, a su vez, están orientados a valores. Ellos se ocupan de la forma correcta de vivir, de lo que se piensa que es bueno o malo para el hombre. Lo razonable es, por supuesto, también racional, pero lo "meramente racional" no es siempre razonable.»[55]

Podría entonces decirse:

i) No existen diversas concepciones del mal (o del *«ill-being»*).

ii) Aquellas máximas o reglas de conducta que propician el mal radical *son absolutamente* irrazonables. Son expresión de una *«irrational perversion»*.

iii) Aquellas máximas o reglas de conducta que propician la imposición de un mal son *prima facie* irrazonables.

iv) Si la aplicación concreta de una regla tiene consecuencias absolutamente irrazonables, esa regla debe ser abandonada: es absolutamente injustificable.

v) Si la aplicación concreta de una regla tiene consecuencias *prima facie* irrazonables, esa regla debe ser sometida a examen y modificada o especificada de forma tal que aquéllas desaparezcan. En todo caso requiere ser justificada. La interrelación parcial de hechos y valores puede ser aquí de utilidad.

vi) Una regla o máxima de comportamiento será considerada como razonable mientras no se demuestre su irrazonabilidad (absoluta o *prima.facie*) en un caso concreto de aplicación.

---

[55] Georg Henrik von Wright, «Images of Science and Forms of Rationality», en *The Tree of Knowledge,* cit., págs. 172-192, pág. 173.

vii) El ámbito de lo irrazonable es moralmente inaccesible; el de lo razonable tiene un carácter residual: en él pueden realizarse aquellas acciones cuya imposibilidad deóntica no está determinada por lo irrazonable.

viii) Por lo tanto, acuerdos razonables no son aquellos que realizan personas razonables sino que personas razonables son aquellas que no se saltan el cerco de la irrazonabilidad. En este sentido, podría hablarse de pautas de irrazonabilidad o de razonabilidad, que es lo que le interesaba encontrar a Gerald Gaus.

20. O sea, que ahora el razonamiento sería el siguiente:

i) Personas razonables son aquellas que rechazan máximas irrazonables de acción.

ii) Esto vale para todas las personas, cualquiera que pueda ser su concepción de lo bueno.

iii) Las concepciones de lo bueno no son inconmensurables, como suelen sostener algunas versiones del multiculturalismo.

iv) Todas aquellas concepciones de lo bueno que excluyen máximas irrazonables son razonablemente aceptables.

iv) Entre dos concepciones de lo bueno razonablemente aceptables, aquélla que permite una promoción mayor del bienestar (entendido como un mayor alejamiento del malestar) es mejor.

21. Con las salvedades y recaudos aquí expuestos, es posible dar una respuesta afirmativa a la pregunta: «¿Puede la razonabilidad ser un criterio de corrección moral?».

***

Las consideraciones aquí expuestas no pretenden ser un antídoto contra los potenciales suicidas transcendentalistas que deseen seguir el ejemplo del autor de *El príncipe de Homburg*. No conozco razones morales contra el suicidio de adultos en uso de sus funciones mentales. Y tampoco es una aceptación de la ironía moral de sesgo rortiano-posmodernista. Después del holocausto, de la ignominia del terrorismo de Estado impuesto en nuestro país por Videla y sus secuaces, de las tragedias colectivas provocadas por el regionalismo nacionalista en la Europa finisecular y ante la injusticia institucionalizada que padece buena parte de la población de nuestra América, la ironía moral es sólo obsceno cinismo.

A quien desee seguir insistiendo en la imposibilidad de distinguir razonablemente lo bueno de lo malo, quizás estos versos de Arthur Allen Leff puedan inducirlo a una nueva reflexión:

«Nevertheless:
Napalming babies is bad.
Starving the poor is wicked.

Those who stood up and died resisting Hitler, Stalin, Amin, and Pol Pot -and general Custer too- have earned salvation.

Those who acquiesced deserve to be damned.

There is in the world such a thing as evil».[56]

[56] Arthur Alien Leff, «Unspeakable Ethics, Unnatural Law» en *Duke Law Journal* (1979), págs. 1229-1249, citado según José Juan Moreso, *La interpretación del derecho y la interpretación de la constitución,* manuscrito, 1997, pág. 257, nota 40.

EL DERECHO POSMODERNO: UN SISTEMA LEJOS DEL EQUILIBRIO

Ernesto Grün
Universidad de Maguncia (Alemania)

«La realidad no es una línea recta
sino un sistema de bifurcaciones»
Tomás Eloy Martínez «Santa Evita»

I. Introducción

Que el derecho sea un sistema es hoy en día admitido por la jusfilosofía. Más concretamente, podemos considerarlo un subsistema del sistema social.

Ahora bien, el sistema jurídico, tanto en la perspectiva antigua, cuanto en la moderna, presenta una estructura jerárquica de sus elementos y conforma un universo cerrado y autosuficiente. Nada hay que sea derecho fuera del sistema y todo lo que integra el sistema es derecho.[1]

En la perspectiva posmoderna, en cambio, es visto como un sistema abierto. Las diferencias, según el modelo que se adopte (cerrado o abierto), resultan importantes no sólo respecto de la definición del derecho, sino también y principalmente, por las consecuencias que se siguen de la elección. Hemos comentado y criticado en otra parte la adopción de la concepción del derecho como un sistema cerrado[2], para manejarse en la compleja realidad social de nuestros días.

Es necesario tener en cuenta que, para poder definir un sistema abierto es necesaria la definición de una función del sistema, vale decir, del objetivo general del mismo. Asimismo corresponderá delimitar la estructura del sistema, compuesta de aquellos elementos permanentes del mismo que se relacionan con la función. Y deberá prestarse atención al entorno, es decir, a todo aquello que desde fuera del sistema interactúa con él, tanto sea lo que permita su funcionamiento o lo que tienda a impedirlo. Por otra parte la investigación debe encaminarse hacia los mecanismos de entrada y salida (o ingresos y egresos, «input» y «output») del sistema y al flujo de los elementos por dentro de él, siempre en relación con la función prefijada. Fi-

[1] Paradigmática en este sentido es la «Teoría Pura» de Kelsen.

[2] Grün, Ernesto, «Una visión sistémica y cibernética del derecho». Ed. Abeledo Perrot 1995, p. 41 y sgts.

nalmente, la atención habrá de dirigirse hacia el equilibrio dinámico de los elementos intrasistémicos, lo que permite determinar su límite mínimo de estabilidad y coherencia.

Si realizamos tales investigaciones sobre los sistemas jurídicos existentes y actuantes en la actualidad, especialmente en los países desarrollados y en algunos en desarrollo, y también en el sistema del derecho internacional, observaremos que ellos tienen las características que, para otras áreas de la realidad, exhiben los que Ilya Prigogine denomina «sistemas lejos del equilibrio» y que por ello se están produciendo bifurcaciones que hacen que cambien sus características y adquieran nuevas y distintas.

A señalar y comentar los principales aspectos de este fenómeno, como así, en lo posible, extraer de ello algunas conclusiones de interés para la teoría y práctica jurídicas, apunta la presente ponencia.

II. Algunas precisiones propedéuticas

Propedéuticamente debemos caracterizar, aunque sea brevemente, qué es esto de un «sistema lejos del equilibrio», en qué consisten las «estructuras disipativas» y cuál es el fenómeno de las «bifurcaciones». Nociones todas íntimamente vinculadas y desarrolladas en años recientes, entre otros, especialmente por el Profesor Ilya Prigogine.[3] (Si bien las nuevas ciencias de los sistemas fuera del estado de equilibrio remontan sus orígenes a la teoría general de los sistemas de Ludwig von Bertalanffy, la cibernética de Norbert Wiener y la teoría de la información de Claude Shannon).

Ante todo debemos interiorizarnos de lo que este autor denomina «estructuras disipativas». La teoría de Prigogine es un trabajo que demuestra científicamente lo que ya sabían los antiguos chinos: que la tensión y la crisis desempeñan un papel decisivo en el proceso de transformación. Prigogine estaba estudiando lo que en física y en química se llama «sistemas abiertos», sistemas que participan en algún tipo de intercambio continuo con el ambiente. Se caracterizan estos sistemas por una cierta dosis de fluctuación, es decir, son vulnerables y accesibles a diferentes tipos de energía, materia e información que penetran en ellos y que fluyen a través de sus estructuras. También las obras humanas, como los pueblos, las ciudades, los grupos y las organizaciones son sistemas abiertos. Una ciudad, por ejemplo, no es algo aislado y excluido del resto de la vida: sus industrias utilizan la energía y las materias primas de las áreas circundantes y las devuelven al medio transformadas. De acuerdo con la teoría de Prigogine, siempre que

[3] Premio Nobel de Química, 1977, sus investigaciones sobre termodinámica llevaron a una concepción generalizada de la misma, con aplicaciones, entre otras múltiples áreas, sobre la actividad humana, tanto individual como social.

las fluctuaciones y perturbaciones que ingresan en un sistema abierto se mantengan dentro de cierto límite, las propiedades de autorregulación del sistema permiten que éste mantenga en términos generales su función y su identidad. En otras palabras, el sistema puede hacer frente a cierta cantidad de alteración y perturbación sin desbaratarse por completo. Sin embargo si las fluctuaciones y perturbaciones que ingresan en un sistema abierto se incrementan más allá de cierto límite, empujan al sistema a un estado de «caos creativo». Lo que había allí antes y que hasta ese momento había funcionado ya no puede seguir de la misma manera. El sistema se ve forzado a asimilar o adaptarse a una influencia perturbadora demasiado grande para que pueda sobrevivir en su antiguo formato y se produce una crisis; si el sistema no se adapta -evoluciona o muta- puede ser destruido. Para que el sistema pueda funcionar de la manera que sea, se ha de establecer un nuevo orden de cosas. Dicho con otras palabras, la ruptura del sistema hace que a éste le sea posible avanzar hacia una forma completamente diferente de organizarse. En su mayor parte las fluctuaciones son pequeñas y pueden ser fácilmente ajustadas por vía de la retroalimentación negativa. Sin embargo, ocasionalmente las fluctuaciones pueden convertirse en tan grandes que el sistema no es capaz de ajustarse y la retroalimentación positiva se hace cargo[4]. Las fluctuaciones, entonces, se alimentan a sí mismas y la amplificación puede fácilmente aplastar todo el sistema. Cuando esto sucede el sistema puede o bien colapsar o reorganizarse a sí mismo. Si es capaz de reorganizarse, la nueva estructura disipativa siempre exhibirá un mayor orden de complejidad, integración y un mayor flujo de energía que su predecesor. Cada sucesivo reordenamiento, porque es más complejo que el precedente, es más vulnerable a fluctuaciones y reordenamientos. De esta manera, la complejidad incrementada crea la condición para el desarrollo evolucionario. Las estructuras disipativas son sistemas capaces de mantener su identidad sólo si permanecen continuamente abiertos a los flujos del medio ambiente. De acuerdo con las ideas de Prigogine la evolución de los sistemas complejos es siempre irreversible porque las únicas alternativas disponibles para el sistema son las de creciente complejidad o de lo contrario la extin-

[4] La retroalimentación (o «feedback» en inglés, expresión que ha entrado en el lenguaje cotidiano) parte del principio de que todos los elementos de una totalidad sistémica deben comunicarse entre sí para poder desarrollar interrelaciones coherentes. Sin comunicación no hay orden y sin orden no hay totalidad, lo que rige tanto para los sistemas físicos como para los biológicos y los sociológicos. La retroalimentación es negativa cuando su función consiste en contener o regular el cambio = fuerza estabilizadora-(ej. termostato). Es positiva si amplifica o multiplica el cambio en una dirección determinada = fuerza desestabilizadora (ej. carrera armamentista). Por lo tanto la retroalimentación negativa disminuye -y la positiva aumenta- las desviaciones del sistema de lo que podría admitirse como su logro adaptativo o meta viable.

ción total. «Yo creo -dice un importante sistemista- que este mismo proceso se aplica a los sistemas sociales»[5].

Los sistemas sociales, económicos y políticos en los que vivimos inmersos están crecientemente «estresados» y más tarde o temprano sus caminos evolucionarios tienen que bifurcarse. Ahora bien, lo que Prigogine denomina el punto de bifurcación es el momento en que un sistema salta a un nivel superior de organización o se desintegra por completo.[6]

El nivel más alto de todo sistema social, el nivel de control (nivel en el cual se encuentran entre otros sistemas [o subsistemas] como la religión, la moral, uno fundamental, el jurídico), es siempre conservador y tratará de mantener el sistema existente. No obstante, puede haber fluctuaciones, nuevos movimientos que surgen en los niveles más bajos. Y algunos de éstos, si concurren en acciones significativas pueden extenderse con rapidez suficiente como para que el sistema no pueda eliminarlos. Cuando el sistema en su conjunto está suficientemente afectado por la crisis como para ser vulnerable, estos movimientos alternativos tienen posibilidades de reemplazar al sistema. Éste es el modelo de cambio en los últimos diez años en teoría macrorrevolucionaria en biología, y también se vincula con los estudios de Ilya Prigogine sobre termodinámica. Él sostiene que las fluctuaciones en un sistema inestable pueden amplificarse muy rápidamente hasta que se establece un nuevo régimen dinámico.

---

[5] Laszlo Erwin, «La gran bifurcación», Gedisa 1990.

[6] Laszlo Erwin, op. cit., Cap. 3, dice «...habrá un período de transición en el que los sistemas complejos que hemos creado se bifurcarán. Sería conveniente saber qué significa esto y cómo encararlo. Familiarizarse con el nuevo significado de la palabra bifurcación es uno de los conocimientos fundamentales de nuestra época... el significado básico de bifurcación es un súbito cambio de dirección en la manera en que los sistemas se desenvuelven... Las bifurcaciones se desencadenan cuando sistemas complejos están sobretensionados, más allá de su umbral de estabilidad. Hasta ese punto el comportamiento de los sistemas es relativamente ordenado, hay oscilación periódica, es decir movimiento alrededor o hacia determinado estado, o estabilidad en uno u otro estado. Pero más allá del punto crítico, el orden se rompe y el sistema cae en el caos. Su comportamiento ya no es predecible, aunque tampoco es enteramente azaroso. En la mayoría de la clase de sistemas complejos el caos da paso, por último a una nueva variedad de orden... Nosotros mismos y las estructuras ecológicas, sociales, económicas y políticas en que vivimos constituimos sistemas complejos. Estas estructuras se desenvuelven y tarde o temprano sus vías evolutivas se bifurcan. Nuestro mundo está sujeto a súbitos y sorprendentes cambios de fase...». Dice Devoto que un sistema puede tener varios procesos sucesivos de estructuración a través de crisis. Cada una de ellas es una bifurcación. Algo así como si un tren se enfrentara con dos vías diferentes. Elegirá una dirección al azar. Luego no podrá volver ni cambiar su elección. Eso lo obliga a un futuro y le niega el otro. Su futuro también será múltiple porque se encontrará con múltiples bifurcaciones. Cada una de ellas afirmará algo y renunciará a algo. Si observamos el estado del tren en un momento, podremos reconstruir su historia, ya que la historia de un sistema no es más que la sucesión de elecciones hechas a lo largo de crisis vividas, p. 17. Esto se aplica perfectamente a la evolución de las especies vivientes sobre el planeta Tierra. Devoto Roberto, «Nuevas imágenes del mundo desarrolladas por la física de hoy», TGS al día No. 14 marzo 1992.

Con relación a esto, Alvin Toffler nos enseña que la democracia en sí, ha alcanzado ese momento en que un sistema salta a un nivel superior de organización o se desintegra por completo. Es decir, estamos en presencia de una estructura disipativa. Y dice que para captar tanto las oportunidades como las nuevas y extrañas amenazas a las que la democracia se enfrenta, necesitamos considerar la política y el gobierno de una forma nueva[7]. Los científicos que estudian la turbulencia, inestabilidad y caos en la Naturaleza y en la sociedad saben que el sistema (tanto si se trata de un sistema químico como de un país) se comporta de manera diferente dependiendo de si está en una situación de equilibrio o desequilibrio. Si cualquier sistema (digestivo, informático o de tráfico urbano) es desplazado demasiado infringirá sus reglas tradicionales y actuará de forma extraña. Cuando los sistemas de poder están lejos del equilibrio, pueden producirse cambios repentinos y aparentemente extraños. Esto se debe a que cuando un sistema o subsistema es altamente inestable, los efectos no lineales se multiplican. Grandes aportaciones de poder pueden producir pequeños resultados. Pequeños acontecimientos pueden desencadenar la caída de un régimen.[8]

III. La posmodernidad y el derecho

Mucho se habla, pero con poca precisión, con respecto a qué es esto de la «posmodernidad».

El mundo posmoderno implica un cambio sustancial con la modernidad, cuyo ocaso podemos situar en los años que siguieron al fin de la Segunda Guerra Mundial.

El paradigma de la modernidad tenía, según Russo[9], los siguientes lineamientos: a) Rechazo de la metafísica, b) exigencia de verificación, c) lógica formal interna, d) pensamiento sistemático, e) construcción de lenguajes técnicos, f) utilización del método analítico, g) creencia en el progreso indefinido, h) creencia en la utilidad de la cultura.

En aquel mundo predominaba la teoría estatalista del derecho, producto de la formación de los grandes estados que surgieron de la disolución de la

---

[7] Toffler, Alvin, op. cit., p. 288.

[8] Ibidem, pag. 544. En un libro más reciente, el mismo autor dice «...cuando unos sistemas se hallan "lejos del equilibrio" se comportan de maneras extrañas que violan las normas habituales. Se tornan no lineales, lo que significa que pequeñas causas pueden desencadenar efectos gigantescos. Un número reducido de votos en la pequeña Dinamarca bastó para retrasar o para hacer descarrilar todo el proceso de integración europea... El sistema mundial está cobrando características prigoginianas, es decir, se parece cada vez más a los sistemas físicos, químicos y sociales descritos por Ilya Prigogine...» (Toffler, Alvin y Toffler, Heidi «Las Guerras del Futuro», Plaza y Janés, 1995, p. 347/8).

[9] Russo, Eduardo Ángel, «Teoría General del Derecho. En la modernidad y la posmodernidad». Ed. Abeledo Perrot, 1995, p. 334/5.

sociedad medieval. El Estado moderno se fue formando a través de la eliminación y la absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores existentes en aquella, por la sociedad nacional, por medio de un proceso que podríamos denominar de monopolización de la producción jurídica. La tendencia a identificar el Derecho con el Derecho estatal, que todavía hoy existe, es la consecuencia histórica del proceso de concentración del poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado Nacional moderno. Russo señala que este acertado diagnóstico de Bobbio debe ser completado con una visión del rol del Estado a partir de la finalización de la Segunda Guerra Mundial, hasta la actualidad, donde se observa una desjerarquización del concepto de Estado Nacional como consecuencia, por un lado, de la aparición de entidades supranacionales gubernamentales y no gubernamentales... y por el otro, del fortalecimiento de centros de poder infranacionales[10]. La crisis de la noción de «Estado nacional» denunciada por la posmodernidad tiene su correlato en el mundo jurídico en el debilitamiento de la identificación entre Derecho y norma jurídica como producto de la facultad monopólica de ese mismo Estado.[11]

Más difícil resulta caracterizar la posmodemidad, que se visualiza como un cambio de época con contornos aún imprecisos, confusos y ambivalentes, en el que desaparece un criterio único de verdad tomando su lugar sistemas de valores pragmáticos, estéticos y éticos[12].

De allí que en nuestra época, como señala Fernández Vicente[13], el Derecho en su consideración sistémica debe integrarse como sistema normativo (formal), sistema social (real) y sistema axiológico (valorativo), so riesgo de perderse en aproximaciones parciales e incompletas que no permitan su comprensión global. La corriente del pensamiento y la actividad jurídica deja de ser unidireccional como postulaba la teoría tradicional (el silogismo como estructura del pensamiento jurídico de subsunción) para rescatar co-

---

[10] Esto resulta muy visible actualmente en Europa por la federalización de estados unitarios en curso o en potencia (Alemania, España, Bélgica), por las complejas situaciones producto de la desintegración de la Unión Soviética, etc.

[11] Bobbio, Norberto, «Teoría General del Derecho», Temis, Bogotá, 1992, cit. por Russo, Eduardo Ángel, «Teoría General del Derecho en la modernidad y la posmodernidad», Abeledo Perrot, 1995, p. 254 y sigts.

[12] «La posmodemidad ya no cree en teorías universales y ahistóricas, hay una rebelión contra la razón demasiado rígida y totalizante que todo lo simplifica y que construye sistemas cerrados que todo lo explican. Se busca un orden social no lineal, dinámico, que no sacrifique o niegue la diversidad, con una razón que respete lo complejo con todas sus gamas, crear un orden abierto a las posibilidades de cambio, la libertad, la complejidad que significa ser humano sin que ello no conduzca a un desorden». Alejandra García Ortiz, «Criminología en la postmodernidad», Revista Jurídica del Centro de Estudiantes, Nro. 7, pag. 38.

[13] Fernández Vicente, Alfredo, «El Revés del Derecho», Ed. Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1991.

mo específicamente jurídica también la información que le llega al jurista desde la realidad y los no-juristas, proponiendo problemas socio-jurídicos constantemente renovados por la experiencia vital, social, así como también proporcionando soluciones que la experiencia social asume y que pueden diferir de las previstas en el sistema jurídico. De esta manera el sistema queda abierto al reflujo de comunicación con el medio controlado, adquiriendo el orden jurídico flexibilidad y apertura ante el cambio, que, como tal, queda incorporado al propio sistema como elemento normal, funcional, del mismo. El concepto de retroalimentación viene de este modo a sustituir al concepto de equilibrio.[14] El análisis tradicional, mecanicista, del equilibrio es sustituido por un sistema móvil, constantemente abierto a la recepción de la comunicación que a su vez reciba del medio para adaptarse al mismo transformando si es preciso al propio sistema... Mientras el concepto tradicional de «equilibrio» se limitaba a descripciones de estados constantes, el concepto cibernético de retroalimentación se basa en la dinámica plena e incluye al cambio de estado como aspecto inherente y necesario de la operación de sistemas.[15]

Es decir nos encontramos en una situación en la que el sistema puede encontrarse fácilmente lejos del equilibrio.

IV. Breve recorrido histórico

Si hacemos un breve recorrido histórico veremos que durante muchos siglos (o milenios) la humanidad, integrada en ese entonces mayormente por grupos humanos reducidos (familias, tribus) se manejó exclusivamente sobre la base de la costumbre. Ello implicaba una gran estabilidad de las normas que se consolidaban a través de la reiteración de los actos sociales considerados negativos y, consecuentemente, susceptibles de sanción.

La interrelación frecuente entre distintas comunidades, el crecimiento de su población y la diversificación de las actividades de cada comunidad, hizo necesaria la aparición de determinadas personas que debían discriminar qué actos consuetudinarios eran susceptibles de sanción, y así aparecen los jueces y la jurisprudencia. Ésta ha sido probablemente la primera situación en la cual un sistema jurídico, bien que rudimentario y relativamente simple, se haya visto en situación de encontrarse «lejos del equilibrio». Se produjo una bifurcación y el sistema se transformó en otro más complejo e inestable. Luego, mucho más adelante, la aparición de comunidades agrí-

[14] En rigor, implica el reemplazo del equilibrio estático por un equilibrio dinámico.

[15] Dice Alejandra García Ortiz, op. cit. en nota 12, que «las soluciones se vislumbrarán a medida que se metabolice la unión entre derecho y sociología, se abra el sistema jurídico tradicional a los cambios sociales y sea flexible ante los problemas no brindando soluciones standards y no tratando de amoldar la realidad a él».

colo-ganaderas agrupadas bajo el mando de reyes, emperadores o autoridades similares, con una organización social y económica mucho más compleja, hace que se produzca una nueva bifurcación y aparezca la legislación, primero en forma rudimentaria, muy próxima a los enunciados de las sentencias judiciales (como puede verse en la forma de redacción adoptada por el Código de Hammurabi, o la Biblia, por ejemplo) y siglos después, el sistema entra nuevamente en crisis y la nueva estructura incorpora -como mayor complejidad del sistema- a la mecánica de su creación, estudio y aplicación, la actividad de los juristas, que formulan la doctrina, se dedican a la enseñanza, el análisis y la sistematización del Derecho.

Ahora nos encontramos en un nuevo momento de bifurcación, los sistemas jurídicos de la modernidad, de los Estados nacionales, están en crisis. La época posterior a la Segunda Guerra Mundial, estos últimos cincuenta años, han traído profundas transformaciones; en todas las áreas del conocimiento y la tecnología, se han complejizado tanto las relaciones sociales, por el crecimiento absolutamente extraordinario de los medios de comunicación (el avión, el satélite, la televisión, el fax, el correo electrónico, Internet, etc.), la economía global y la explotación de los recursos naturales frente a la explosión de la población,[16] todo ello ha hecho surgir nuevas funciones que el Derecho debe asumir no solamente a nivel del sistema social, sino también del ecológico[17], por lo que están dadas las condiciones para que, sometido a todas estas influencias del entorno social y natural, se transforme, su estructura devenga diferente, sus funciones se amplíen y modifiquen. El sistema jurídico mundial, y sus subsistemas nacionales, están otra vez lejos del equilibrio.[18]

En efecto, para no citar sino algunos de los más notorios, actualmente se producen varios fenómenos en el ámbito del Derecho, en forma simultánea:

---

[16] Dice Charles François en «El cerebro Planetario» (Cuadernos Gesi-AATGSC, No. 12, II) que «se está produciendo el nacimiento de comunidades políticas trasnacionales, la aparición de una red financiera mundial; la multiplicación y la desnacionalización progresiva de grandes empresas mundiales; el nacimiento de una conciencia ecológica que trasciende las fronteras y las disciplinas especializadas; el establecimiento de redes trascontinentales de información científica y técnica. Todo ello corresponde a la emergencia por estructuración disipativa de mega -o meta- estructuras globales que van, parecería, en forma inevitable, a imponer un orden de nivel superior a la indispensable convivencia armónica del hombre con su planeta.» (p. 111).

[17] Véase al respecto en Grün, E., op. cit., Apéndice «Sistema jurídico y sistema ecológico. Un enfoque sistémico».

[18] Como señala Rodríguez Delgado: un observador, aplicando escalas temporales variables, puede ver el mismo sistema como permanente, homeostático o transformado en otros sistemas cualitativamente diferentes. (Rodríguez Delgado, Rafael «Systems Dialectics for Integrated Development» en International Systems Science Handbook, Ed. Rafael R. Delgado y Bela H. Banaty, 1993, p. 350.)

Por una parte el Derecho internacional se transforma rápidamente y asume una función creciente y dominante sobre los sistemas jurídicos nacionales. Los sistemas jurídicos de los diversos Estados se interrelacionan cada vez más entre sí y con sistemas jurídicos internacionales de diversa envergadura, que se orientan rápidamente a constituir un sistema jurídico mundial. De la noción del derecho internacional como un «derecho primitivo», expresado a través de la «comitas gentium» y el principio de «pacta sunt servanda», en pocos decenios se ha pasado a organizaciones complejas y estructuradas como las Naciones Unidas, la Comunidad Europea, la Organización de los Estados Americanos, el Mercosur, etc., estructuras jurídicas que poseen inclusive tribunales con imperium no solamente sobre los Estados Nacionales, con diversa intensidad, sino aún sobre los sujetos de derecho (personas físicas y jurídicas) de esos Estados. Esto se ve claramente en la reforma constitucional argentina, a través de diversas de sus normas[19] y en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema de Justicia[20].

Pero por otra parte, y simultáneamente, también se produce el fenómeno de la «regionalización», es decir del fraccionamiento de las naciones tradicionales, p. ej. los movimientos en este sentido en Italia, Quebec (Canadá), el Sur del Brasil, el país vasco, la desintegración de Yugoslavia, etc., con sus secuelas jurídicas.

Y desde otro ángulo, el Derecho está empezando a dejar de ser una estructura monolítica de grandes conjuntos de normas generales legisladas por distintos órganos y de aparatos genéricos para administrar justicia, como los tribunales, para «minimizarse» y quizá bifurcarse, a través de mecanismos alternativos para la solución de conflictos como la negociación, el arbitraje, la mediación y otros que apuntan a una individualización creciente de las decisiones, antes adoptadas desde una posición jerárquica (jueces, legisladores)[21,22].

Surgen instituciones impensadas hasta hace poco como el «derecho ambiental», cuyas características hacen que no sea una «rama del derecho» más, sino algo estructural y funcionalmente diferente; la noción de los «derechos difusos», la acción popular, etc.

---

[19] P. ej. Art. 75 incs. 22 y 24.

[20] Véanse por ejemplo los fallos «Giroldi», «Cafés La Virginia» y la jurisprudencia citada en los mismos.

[21] Véase Grún, Ernesto, «Un enfoque sistémico-cibernético de la mediación», Suplemento de Mediación, No. 2 de *La Ley*.

[22] Ya hace diecisiete años decía Toffler que «la emergente multicultura se verá desgarrada por la agitación hasta que se desarrollen nuevas formas de resolución de conflictos de grupos (los sistemas legales actuales son poco imaginativos y lastimosamente inadecuados para una sociedad de alta diversidad)», Toffler, Alvin, «La Tercera Ola», Plaza & Janés, 1980, p. 345.

V. Conclusiones y algunas propuestas hacia el futuro

«El desafío consiste, para los hombres y mujeres responsables, en moldear las bifurcaciones que sacuden a la época actual de modo que resulten en una época inteligente, de bienestar y libertad, y no en una oscura de privación y dependencia». Erwin Laszlo.

Mientras esto sucede, ¿qué es lo que pasa a nuestro rededor? Al respecto dice Alejandro Piscitelli[23] que las crisis de los grandes sistemas complejos pueden ser desagradables, si el sistema no ha tenido tiempo de hacer madurar dentro de sí una cantidad de controles y equilibrios: la política se está quedando muy atrás respecto de las necesidades humanas y ello tanto en Occidente como en el resto del planeta, pero sobre todo aquí. Seguimos analizando y planificando el derrotero de los sistemas complejos basándonos en modelos lineales y reduccionismos explicativos incapaces de aprehender sus rasgos básicos (autonomía, hipercomplejidad, autoencastramiento, paradojas). Y ácidamente comenta algo que nos debe hacer pensar a quienes ejercemos la docencia universitaria: que los profesores universitarios enseñan lo que aprendieron hace 20 ó 30 años -un ciclo civilizatorio atrás-, incapaces plenamente de aprehender su contemporaneidad. Cada generación se percibe a sí misma como completamente diferente de la anterior -dice- pero planifica como si la que le va a suceder fuera igual. Y esto es importante que lo tengamos en cuenta cuando nos enfrentamos con la tarea de tratar de explicar a los alumnos la teoría general del sistema jurídico actual, en estado lejos del equilibrio, sacudido por fuertes transformaciones, por situaciones de caos, por fenómenos como las bifurcaciones...

Sobre esto, básicamente, he tratado de llamar la atención en este trabajo. Para que pensemos de aquí para adelante. Para que repensemos el derecho, la ciencia que lo estudia, la práctica que lo efectiviza, no en función del mismo como un fenómeno inmutable a través de los siglos, sino como algo que se ha ido transformando bajo el embate de sucesivas crisis y que, al menos en nuestra época, se configura como un sistema de elementos complejos, en interacción dinámica, metaestable[24] y aun inestable, que debe ser modelizado tomando en cuenta estas características. De otra manera el modelo no será eficiente para hacemos comprender y actuar en y sobre la realidad jurídica dentro de la cual nos toca vivir. Y comprender el instrumento

[23] Piscitelli, Alejandro, «Ciberculturas», Ed. Paidós, 1995.

[24] Dice Prigogine (Prigogine, Ilya, «Physique, Temps et devenir», Masson, París 1982, p. 175, citado por Frangois Ch., en su Diccionario) que un sistema suficientemente complejo se encuentra en general en un estado metaestable, y cita como uno de sus ejemplos a la sociedad humana.

de control social que durante los últimos siglos ha permitido a la sociedad humana crecer y evolucionar es una necesidad imperiosa para que no caiga en una crisis mayor, se deshaga, y entremos en una anarquía social de impensables consecuencias.

DOXA 21-II (1998)

SOBRE LA DIMENSIÓN JUSFILOSÓFICA DEL PROCESO

Willis Santiago Guerra Filho
Universidad Federal de Ceará (Brasil)

1. La dimensión teorética del proceso

Hace relativamente poco tiempo que los teóricos del derecho pasaron a dedicar mayor atención a su aspecto procedimental, antes considerado como poseedor de una función subsidiaria en relación con las normas materiales, portadoras éstas de valoraciones y modelos de conducta, restando para las normas procedimentales el problema meramente técnico de su realización. Autores de la fase tardía del pandectismo alemán, cuando ya se inicia la deducción del Derecho Civil de base romanista de una teoría general del derecho, proclaman en el último cuarto del siglo pasado la autonomía de la ciencia procesal y de su categoría fundamental, el proceso, entendido como relación jurídica de carácter público caracterizada por la circunstancia de desenvolverse en una extensión temporal con la concurrencia de un representante del Estado (juez) y al menos dos sujetos interesados (las partes) en una decisión, que finalmente se debe obtener como resultado.[1] La impor-

[1] Cf. CLÓVIS DO COUTO E SILVA, «Contribution a une histoire des concepts dans le droit civil et dans la procedure civile. (L'actualité de pensée d'Otto Karlowa et d'Oskar Bülow)», en: *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* n. 14, 1985, pp. 243ss., esp. p. 248, cuando señala la disposición de los juristas alemanes, en la segunda mitad del siglo XIX, a tratar los conceptos generales en cuanto parte integrante de una futura «Parte General del Derecho Civil». Por otro lado, no encuentra aceptación entre los procesalistas alemanes actuales el tipo de abordaje excesivamente abstracto y conceptualista, alejado de la realidad de los intereses concretamente envueltos en la determinación del sentido de normas e institutos procesales, tal como se practicó hasta mediados del siglo en curso en Alemania, y aún se practica bastante en los países latinos, por influencia de aquellos epígonos de un supuesto procesalismo científico. Véase, como caso paradigmático, F. v. HIPPEL, «Zur 'modernen, konstruktiven Epoche' der deutschen Prozessrechtswissenschaft», en: ZZP (= Zeitschrift für Zivilprozessrecht), n. 65, 1952, pp. 424ss., ahora también en la colección de ensayos de este autor *Rechtstheorie und Rechtsdogmatik,* Frankfurt am Main, 1964, pp. 357ss. La paradoja de la Escuela Histórica en su fase tardía, dominada por el pandectismo de B. WINDSCHEID, al haberse dedicado a un análisis formalista del derecho positivo desvinculándolo de condicionantes materiales de naturaleza histórica o política, es enfatizada por BÖCKENFÖRDE, *Die Historische Rechtsschule und die Geschichtlichkeit des Rechts,* Basel/Stuttgart, 1965, p. 24,

tancia del procedimiento para el derecho es enfatizada en la influyente doctrina «pura» de Kelsen, cuando propone que se estudie no sólo la estática jurídica, cuyo objeto son las normas, sino también la teoría dinámica, que se ocupa de la conducta regulada por esas normas, responsable del proceso de ampliación y (auto)producción del derecho.[2] En la misma época, las primeras décadas del siglo en curso, el procesalista James Goldschmidt realiza una «crítica del pensamiento procesal», proponiendo la consideración del proceso como momento regido por la dinámica inherente a esa misma noción, cuyo resultado puede perfectamente presentarse en desacuerdo con el que estática y abstractamente prevé el derecho material.[3] Parecida es la formulación de Niklas Luhmann de la legitimidad obtenida a través del procedimiento, que hace dos décadas llamó la atención hacia la dimensión filosófica y política del fenómeno, en una investigación de carácter sociológico que lo tenía como objeto.[4]

Los finales de los años sesenta y principios de la década de los setenta marcan el acontecimiento de una renovación virtual de los estudios del derecho procesal, cuando se pasa a enfatizar la consideración del origen constitucional de los institutos procesales básicos.[5] Proliferan, entonces, los aná-

passim; H. J. van EIKEMA HOLMES, *Major Trends in the History of Legal Philosophy,* Amsterdam/New York/Oxford, 1979, pp. 192ss.; F. WIEACKER, «Pandektenwissenschaft und industrielle Revolution», en Id., *Industriegesellschaft und Privatrechtsordnung,* Frankfurt a. M., 1974, pp. 55ss., esp. p. 61 y ss.

[2] Es reconocido de modo general que se debe a KELSEN la introducción de una perspectiva dinámica en el estudio del derecho, tal como se encuentra en su opus magnum, la *Reine Rechtslehre,* 2ª ed., Wien, 1960 (reimp. 1967). El carácter «procedimentalista» de su doctrina es referido por LUHMANN, en *Legitimation durch Verfahren,* Neuwied/Berlin, 1969, p. 11, nota 2.

[3] Cf. GOLDSCHMIDT, ob. ult. cit., cuyo subtítulo es «Eine Kritik des prozessualen Denkens», donde «crítica» debe ser entendida en el sentido epistemológico kantiano.

[4] Cf. LUHMANN, ob. cit. Otro sociólogo del derecho, en general menos conocido (discípulo, como el primero, de ARNOLD GEHLER), que llama la atención hacia la función social y específicamente jurídica, de fundamental importancia, desempeñada por el procedimiento, es HELMUT SCHELSKY. Para él, es de este último de donde viene la racionalidad propia del derecho, que no es puramente cognitiva, sino desplegada, pragmáticamente, hacia la orientación de la conducta, pues para él lo que importa no es la «verdad» (das «Wahre»), sino que se haga lo «cierto» (das «Richtige»). Cf. «Die jurisdische Rationalität», en: SCHELSKY, *Die Soziologen und das Recht,* Opladen, 1980, pp. 34ss., esp. pp. 35ss.; Id., «Nutzen und Gefahren der sozialwissenschaftlichen Ausbildung von Juristen», en: JZ (= Juristenzeitung), n. 13, 1974, pp. 410ss., esp. p. 412. En este aspecto, cuando enfatiza el carácter procedimental de la racionalidad jurídica, las ideas de SCHELSKY son corroboradas por la línea de pensamiento crítico, que él en vida tanto combatió, representada por HABERMAS (cf. loc. ult. cit.).

[5] Un fruto típico de esta tendencia, en Italia, es la obra de NICOLÒ TROCKER, *Processo civile e costituzione. (Problemi di diritto tedesco e italiano),* Milano, 1974. En Brasil hay diversos estudios en este sentido, como v. g. los de ADA PELLEGRINI GRINOVER. Las investigaciones reiteradas sobre el tema culminan con su promoción a objeto del VII Congreso Internacional de Derecho Procesal, en Wurzburg, RFA, en 1983. Cf. *Eflektiver Rechtsschutz*

lisis de la conexión del proceso con la constitución, al punto de tomarse el derecho procesal por una especie de «derecho constitucional aplicado», como en cierta fecha formuló la corte constitucional alemana. Hasta el momento estos análisis se limitaron a propiciar esfuerzos en el sentido de realizar adaptaciones de la dogmática procesal a las exigencias de compatibilidad con los dictámenes de nivel constitucional relacionados directamente con el proceso. Estas son las garantías del llamado «debido proceso legal»: la independencia del órgano judicial, el derecho del interesado a tener acceso al juicio y a ser tratado con igualdad, etc. Todavía permanece inexplorada la vía que puede llevar a una completa reformulación del modo de concebir el proceso, con la tentativa de estructurarlo de acuerdo con los imperativos de un Estado social y democrático de derecho, como actualmente se configuran las sociedades políticas más desarrolladas, ya que se forman modernamente, sobre el influjo de las ideologías de fondo liberal, a partir del siglo pasado, pasando después por la influencia del autoritarismo predominante en el segundo cuarto del siglo en curso.[6]

2. Proceso y constitución

Lo que se pretende realizar a continuación no será tanto con respecto a la profundización de la relación del proceso con la constitución, tocando más de cerca el examen de la «otra cara de la moneda», es decir, la estrecha asociación entre constitución y proceso hoy en día, cuando éste se vuelve un instrumento imprescindible para la realización de aquélla.

Situémonos, así, frente a un doble movimiento en sentidos opuestos, o sea, uno hacia la materialización del derecho procesal, al condicionarlo a las determinaciones constitucionales; y al mismo tiempo, la procedimentalización o la «desmaterialización» del derecho constitucional, pues en la medida en que el proceso se muestre indispensable para la realización de la «Ley Mayor», lo es también para las menores u ordinarias. Es a clarificar este último aspecto que se destinan las consideraciones que presento.

La propuesta que se pretende sustentar en este punto es que la Constitución posee la naturaleza (también) de una ley procesal, así como institutos fundamentales del derecho procesal poseen estatuto constitucional y, por tanto, son (también) de naturaleza material. Esto presupone, de inmediato, que se afirme la distinción entre estos dos aspectos o dimensiones del dere-

und verfassungsmüssige Ordnung (Effectiveness of Judicial Protection and Constitutional Order), W. HABSCHEID (ed.), Bielefeld, 1983.

[6] Cf., sin embargo, RUDOLF WASSERMANN, *Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses in sozialen Rechtsstaat,* Neuwied/Darmstadt, 1978, y K. E. SCHONFELD, *Zur Verhandlungsmaxime im Zivilprozess und in den übrigen Verfahrensarten - Die Modifikation des Prozessrechts durch das Sozialstaatspostulat,* Frankfurt a. M./Bern, 1981.

cho, el material y el procesal, teniendo presente que no se trata propiamente de diferenciar ramas de la materia jurídica o de una división como la que separa derecho público y privado. Estamos, en verdad, ante nociones relacionadas, que se conceptúan una en función de la otra, y se exigen mutuamente. Materiales son las normas que contienen parámetros para realizar el control y ordenación de la conducta intersubjetiva por el derecho, en cuanto las normas procesales se ocupan directamente de esa realización, o sea, de la determinación de las condiciones para que estos parámetros sean aplicados concretamente.

Siendo así, se tiene que, desde una perspectiva formalista, según la cual lo que es propio de una constitución sería el establecimiento de normas para la elaboración e identificación de otras normas del orden jurídico en ella basado, podemos perfectamente clasificar las normas «por naturaleza» constitucionales como procesales. De hecho, todo el aspecto organizador, la distribución de competencias y de poderes entre las diversas esferas estatales, se reviste de un carácter procesal, al tratar de materia distinta de aquella que se considera derecho material, ya que no imponen directamente ningún patrón de comportamiento para ser asumido por los integrantes de la sociedad política. Por otro lado, no se puede dejar de considerar típicamente constitucional la fijación de ciertos modelos de conducta, por la distribución de derechos, deberes y garantías fundamentales, donde se va a encontrar la orientación para saber lo que se pretende alcanzar con la organización delineada en las normas de procedimiento.

El vínculo ligando constitución y proceso, que en la época actual -a la que ya solemos llamar «pos-moderna»- se muestra tan pronunciado, es una consecuencia natural del *novum* histórico, instaurado por la modernidad, en el terreno jurídico-social: la consagración de la victoria en la lucha por revolucionar la organización política mediante la redacción de un texto constitucional, i.e., «constitutivo» de un nuevo orden jurídico, un fenómeno bicentenario. El movimiento histórico de positivización del derecho, desencadenado por el ocaso de la autoridad basada en lo divino, implica la formación de un aparato burocrático cada vez mayor para implementar el orden jurídico. Tanto la legislación como la administración de la res publica y de justicia necesitan de formas procedimentales, dentro de las cuales puedan actuar atendiendo a los nuevos patrones de derecho, basados en la racionalidad y en el respeto al sujeto, portador de esta facultad.[7]

[7] Como acentúa VITTORIO DENTI, en «Dottrine del processo e riforme giudiziarie tra illuminismo e codificazioni», en: *Diritto e potere nella storia europea. Atti del quarto Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto (in onore di BRUNO PARADISI),* vol. II, Firenze, 1982, pp. 883ss., «(L)a burocratizzazione della funzione giudiziaria risponde ad un programma politico di razionalizzazione del modus operandi degli organi giudi-

Por tanto, la constitución asume el lugar de fundamento último del ordenamiento jurídico, una vez desaparecida la creencia en la fundamentación «sobrenatural» de un derecho de origen divino, y también la confianza en la «naturalidad» del derecho, que no precisa volverse objetivo por la positivación, por auto-evidente al sujeto dotado de racionalidad. Los valores fundamentales, sobre los cuales se erige ese ordenamiento, pasan a integrar ese mismo ordenamiento, al ser inscritos en el texto constitucional.[8] La consecución de esos valores, a su vez, requiere la intermediación de procedimientos, para que se tomen decisiones de acuerdo con ellos, siendo esos procedimientos, igualmente, establecidos con respecto a los valores.[9] El proceso aparece, entonces, como respuesta a la exigencia de racionalidad, que caracteriza al derecho moderno.[10]

3. El papel del proceso en el orden jurídico

El cuadro hasta ahora descrito revela la faceta actual, eminentemente «autopoiética», del derecho como un sistema que regula a su propia (re)pro-

ziari che é uno degli aspetti fondamentali dell'iluminismo e che, d'altronde, corrisponde al sorgere del diritto amministrativo in censo moderno,(...). Alla razionalizzazione dell'apparato amministrativo corrisponde, sul piano scientifico, l'elaborazione della teoria dell'atto amministrativo, cosí come alla razionalizzazione dell'apparato giudiziario corrisponde l'elaborazione della categoria del procedimento» (pp. 886/887). Más adelante, Denti resalta que esta elaboración conceptual culmina en la «procesalización» de toda la actividad estatal: «Il massimo di razionalizzazione è dato, infatti, dall'applicazione della categoria del 'processo' a tutte le funzioni pubbliche, e quindi non soltanto alla funzione giudiziale, ma anche a quella amministrativa ed a quella legislativa» (p. 890).

[8] Cf. NIKLAS LUHMANN, *Grundrechte als Institution,* Berlin 1965, pp. 40 y ss., texto y notas 617; pp. 74 y ss., 182ss.

[9] Cf. DAVID RESNICK, «Due Process and Procedural Justice», en: *Nomos (Yearbook of the American Society for Political and Legal Philosophy),* n. 18, 1977, pp. 206ss., esp. pp. 217/219.

[10] Cf. KLAUS EDER, «Prozedurale Rationalität», en: ARSoz (= *Archiv für Rechtssoziologie*), 7, 1986, pp. 1 ss., y los estudios críticos de HERBERT TREIBER, «Prozedurale Rationalität - eine 'verfahrene Sache'?», ib. pp. 243ss., KARL-HEINZ LADEUR, id., pp. 265ss., y NIKOLAUS DIMMEL, id. ib., pp. 274ss.

[11] La teoría de los sistemas autopoiéticos fue desarrollada inicialmente por los biólogos chilenos HUMBERTO R. MATURANA, FRANCISCO E. VARELA y R. URIBE, en «Autopoiesis: The Organization of Living Systems, Its Characterisation and a Model», en: *Bio System,* n. 5, 1974, pp. 1897ss. Su generalización para los sistemas sociales se debe a NIKLAS LUHMANN, que también la introdujo en la teoría del derecho, donde ha sido elaborada por GUNTHER TEUBNER en su doctrina del «Derecho reflexivo». Cf. TEUBNER/WILLKE, «Kontext und Autonomie. Gesellschaftliche Selbststeuerung durch reflexives Recht», ARSoz, 5, 1984, pp. 4ss.; TEUBNER, «Reflexives Recht», ARSP (= *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*), 68, 1982, pp. 13ss.; Id., «Das regulatorische Trilemma», en: *Quaderni fiorentini,* n. 13, 1984, pp. 109ss.; Id., «Substantive and Reflexive Elements in Modern Law», en: *Law & Society Review,* n. 17, 1983, pp. 239ss., y *Autopoietic Law: A New Approach to Law and Society,*

ducción, por medio de procedimientos que él mismo instaura[11]. Dentro de este cuadro, no causa sorpresa el énfasis dado a la dimensión procesal del ordenamiento jurídico en recientes aportes teóricos[12], ya que ante la cualidad de los problemas que depara la sociedad contemporánea, no se puede pretender encontrar (pre)escritas en ese ordenamiento las soluciones, que sólo se encuentran realmente *ex post.* De la misma manera, no se muestra satisfactoria la dogmática jurídica tradicionalmente practicada, pues presta atención predominantemente a los textos legales, para a partir de ellos reconstruir autorizadamente su sentido normativo, cuando el objeto de la ciencia jurídica no sería propiamente las normas, sino los problemas que a

TEUBNER (ed.), Berlin/New York, 1988, con contribuciones del propio TEUBNER, LUHMANN y numerosos teóricos europeos de las más variadas nacionalidades y norte-americanos. Para una evaluación crítica, véase, e.g., NOBERT REICH, «Reflexives Recht? Bemerkungen zu einer neuen Theorie von Gunther Teubner», en: FS (= Festschrift für); RUDOLF WASSERMANN, Neuwied/Darmstadt, 1985; ERHARD BLANKENBURG, «The Poverty of Evolutionism - A Critique of Teubner's Case for 'Reflexive Law'», en: *Law & Society Review,* 18, 1984, pp. 273ss.; ARTHUR J. JACOBSON, «Autopoietic Law: The New Science of Niklas Luhmann», en: Mich. L. Rev. (= *Michigan Law Review*), n. 87, 1989, pp. 1647ss.; I. MAUS, «Perspektiven 'reflexiven Recht' im Kontext gegenwärtiger Deregulierungstendenzen», en: KJ, n. 19, 1986, pp. 390ss.; y las contribuciones de R. MUNCH y R NAHAMOWITZ en el ARSoz., n. 6, 1985. Por último, de TEUBNER, *Recht als autopoietisches System,* Frankfurt a. M., 1989.

[12] Se tiene en mente, como ejemplo típico, aparte de la recién mencionada doctrina de la «autopoiese», la teoría procedimental de WIETHÖLTER, la cual abordaremos en la conclusión del presente estudio. Para una tentativa reciente de repensar la categoría de «sujeto de derecho» incorporando elementos provenientes de ambas vertientes, consúltese REINER FREY, *Vom Subjekt zur Selbstreferenz. Rechtstheoretische Überlegungen zur Rekonstruktion der Rechtskategorie,* Berlin, 1989. También en el modelo desarrollado por K.-H. LADEUR, basado en la idea de «sopesamiento» (de intereses) -en alemán, Abwägung-, se llega a una «procedimentalización auto-referencial», que posibilita el (re)equilibrio y compatibilización de valores y comportamientos divergentes. Cf. LADEUR, «Abwägung - ein neues Rechtsparadigma», en: ARSP (= *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*), n. 69, 1983, pp. 463ss.; Id. «Perspektiven einer post-modernen Rechtstheorie», en: *Rechtstheorie (Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts),* n. 16, 1985, pp. 383ss., cuyo texto en inglés aparece publicado en *Autopoietic Law,* cit., pp. 242ss. No menos dependiente de una reflexión sobre el proceso de realización del derecho se muestra la concepción teleológica que propone INGO MITTENZWEI, al revisar una antigua tradición filosófica a la luz de los nuevos desarrollos en la filosofía de la ciencia. Cf. *Teleogische Rechtsverstandnis,* Berlin, 1988. Finalmente, debe mencionarse el énfasis que en los últimos tiempos se viene dando al estudio de los «procesos de sopesamiento» (Abwägungsprozesse) de los valores jurídicos en la teoría del derecho escandinava. Cf. TORSTEIN ECKHOFF/NILS K. SUNDBY, *Rechtssysteme,* Berlin, 1988, pp. 105ss., passim.

[13] Una concepción en la cual los problemas jurídicos, y no las normas, son apuntados como el objeto de la ciencia del derecho, aparece, sin que haya recibido la debida atención, en MAX SALOMON, *Grundlegung zur Rechtsphilosophie,* 2ª ed., Basel, 1925, pp. 23ss. Esta posición se ve bastante fortalecida con el predominio del paradigma de la «jurisprudencia de intereses» en la dogmática jurídica alemana, así como por la aparición de una teoría tópica del derecho, debida a THEODOR VIEHWEG, que cierra la «Introducción» de su *Topik und jurisprudenz* calificando a la dogmática jurídica (Jurisprudenz) como «un procedimiento especí-

ellas cabe solucionar[13]. Y para eso importa más que todo el examen de las situaciones concretas en las que los intereses envueltos se manifiestan y (eventualmente) entran en conflicto; ahí radica la importancia de normas procedimentales que regulen el modo de atender a esos intereses, con una solución que no se encuentra ya previamente establecida.

La concepción del orden constitucional como un proceso, en el cual participan los defensores de interpretaciones muy diversas cuando de la concreción de ese orden se trata, se contrapone a la concepción estática de ese mismo orden como ya establecido, y está en sintonía con la mencionada orientación en teoría del derecho que lo concibe como autopoiético.[14]

4. Proceso y teoría de la justicia

De lo expuesto entendemos que las direcciones más diversas en teoría y filosofía del derecho están apuntando, actualmente, en el sentido de una reflexión sobre los procedimientos a través de los cuales se realiza, con la preocupación de establecer parámetros de justicia y racionalidad para balizarlos; justicia y racionalidad que, a su vez, el derecho tendrá que atender por medio de aquellos procedimientos. La cuestión de la justicia, por ejemplo, por la cual volverán a discutir recientemente los filósofos, en el ámbito de una rehabilitación de la filosofía práctica, es tratada en una de las más importantes doctrinas del momento, la del filósofo norteamericano John Rawls, como indisolublemente ligada al procedimiento de su realización,

fico de suscitar problemas, debiendo este procedimiento ser entendido como el objeto de la ciencia jurídica» (p. 14 de la 5ªed., München, 1974). V. también ESSER, *Grundsatz und Norm in der richerlichen Forbildung des Privatrechs. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen und Interpretationslehre,* 2ª ed., Tübingen, 1964, p. 6, texto y nota 13, pp. 48ss.

[14] La constitución es concebida por HÄBERLE como un proceso, abierto a la participación pluralista de representantes de las más variadas interpretaciones. Cf. «Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und 'prozessualen' Verfassungsinterpretation», en: JZ, n. 30, 1975, pp. 297ss., ahora también en: Id., *Verfassung als offerntlicher Prozess,* Berlin, 1978, pp. 155ss., con un registro de la discusión suscitada por el ensayo, recibido con entusiasmo por unos y repudiado por el positivismo constitucional, con BÖCKENFÖRDE al frente (pp. 180ss.). Consúltese, además, en el mismo volumen, los estudios inéditos «Verfassungsinterpretation als öffentlicher Prozess - ein Pluralismuskonzept», pp. 121ss., y «Verfassungsinterpretation und Verfassungsgebung», pp. 182ss., esp. pp. 189ss. También en EE.UU. surge a comienzos de la década pasada una serie de teorías constitucionales de carácter procesal, como las de J. CHOPER, en Judicial Review and National Political Process, y J. H. ELY, en *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review.* Cf. el examen crítico de R. D. PARKER, «The Past of Constitutional Theory - and its Future», *Ohio State Law Journal,* 1981, pp. 223 ss., y la defensa de HABERMAS, loc. cit., pp. 15ss., el cual se alinea entre los simpatizantes de tales teorías, como muestra su estudio «Volkssouveranität als Verfahren», en: MERKUR (*Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken*), n. 43, 1989, pp. 465ss. esp. pp. 475ss., ahora incluido en *Faktiztät und Geltung.* Otro filósofo de gran prestigio en la actualidad, que suscribiría la teoría del carácter procedimental de la constitución, es

donde la idea que va a buscar en Brian Barry, de una «Justicia Procedimental» (*procedural justice*).[15] Ésta puede presentarse en dos formas: una pura o perfecta, cuando se trata de un procedimiento «estrictamente técnico», como el de distribuir una tarta entre varias personas (el ejemplo es de Rawls); y otra imperfecta, que es la revestida de mayor importancia práctica, de la cual los procesos judiciales (penal, civil, etc.) son un ejemplo.[16]

También la tematización del derecho natural, que hoy se coloca en un terreno menos jurídico que moral, asume una formulación, en los condiscípulos de Arthur Kaufmann como Winifried Hassemer y Gunther Ellscheid, como dotado de carácter eminentemente procedimental: para ellos lo que importa no es tanto establecer principios con un contenido moral, sino principios procedimentales (*prozedurale Prinzipien*), para guiar interesados en hacer asertivas dotadas de contenido iusnaturalista.[17]

~~JOHN RAWLS, quien la concibe,~~ idealmente, como un procedimiento balizado por principios de justicia, en el cual se conformarían las fuerzas políticas, responsables de la producción legislativa. En sus propias palabras: «Ideally ajust constitution would be ajust procedure arranged to insure a just outcome. The procedure would be the political process governed by the constitution, the outcome the body of enacted legislation, while the principles of justice would define an independent criterion for both procedure and outcome». *A Theory of Justice,* Oxford, 1972, p. 197.

[15] Cf. BARRY, *Political Argument,* London, 1965, cap. VI, y RAWLS, ob. cit., pp. 83ss.

[16] En este punto, se puede aprovechar para cuestionar la opinión, extremamente difundida aún en una procesalística actualizada como es la brasileña, según la cual el ordenamiento procesal es un «instrumento eminentemente técnico»; la expresión es de ALFREDO BUZAID, autor del proyecto del Código Procesal Civil vigente, en su «exposición de motivos», ahora presentada como prefacio a *Il processo civile brasiliano,* N. PICARDI/A. GIULIANI (eds.), Rimini, 1988, p. 1. Que el derecho procesal sería un «Derecho técnico» lo postulaba ya FRIEDRICH STEIN en el prefacio a la 1ª ed. de su *Grundrißes des Zivilprozessrechts und Konkursrechts* (1921). Al defender esa idea, el autor del proyecto de nuestro CPC no pretendió excluir el proceso de la dimensión axiológica, ya que lo concibe «permeable a principios rigurosamente éticos» (id. ib., p. 2). Tampoco STEIN abandonó por completo las reflexiones iusfilosóficas, especialmente sobre la naturaleza de la ejecución forzosa, como recuerda FRIEDRICH WEBER, en «Methodik des Prozessrechts», en: *Studiunt Generale (Zeitschrift für die Einheit der Wissenschaften im Zusammenhang ihrer Begriffsbildungen und Forschungsmethoden),* n. 13, 1960, pp. 183ss., 183, texto y nota 1. Por otro lado, es hoy indudable la influencia que la ideología ejerce sobre el proceso. Cf., v.g., ERNST J. COHN, «Zur Ideologie des Zivilprozessrecluts», en: *Erinnerungsgabe für Grünhut,* Marburg, 1965, pp. 31ss.; DIETER LEIPOLD, «Zivilprozessrecht und Ideologie», JZ, 37, 1982, pp. 441ss.; TARELLO, «L'opera di Giuseppe Chiovenda nel crepuscolo dello stato liberale, en: Id. (ed.), *Materiali per una storia della cultura giuridica,* T. III, vol. I, Bologna, 1973, pp. 691ss.; MAURO CAPPELLETTI, *Processo e Ideologie,* Bologna, 1969.

[17] Una concepción procedimental del Derecho Natural fue presentada por HASSEMER en el seminario que impartió en el Curso de Maestría de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal de Ceará, en 1984. Cf., de ELLSCHEID, «Das Naturrechtsproblem. Eine Systematische Orientierung», en: A. KAUFMANN/W. HASSEMER (eds.), *Einführung in der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart,* 4ª ed., Heidelberg, 1985, pp. 125ss., esp. pp. 158ss.

Así es que tanto el iusnaturalismo como también aquella otra vía que tradicionalmente se le contrapone, por privilegiar el análisis del derecho tal como se presenta en cuanto dato positivo, y el llamado positivismo lógico, terminan por consagrarse, actualmente, a los problemas en torno a la argumentación jurídica. Ya que es allí donde se define tanto la cuestión de la justicia -enfatizada por los defensores de aquella primera vertiente-, como igualmente la cuestión de la racionalidad -la que más interesa a los positivistas- de los actos practicados para cumplir el derecho. Los estudiosos de tendencia analítica pasan así a ocuparse no sólo de las normas jurídicas que se encuadran en el esquema «previsión normativa/consecuencia jurídica», las llamadas «reglas», sino también de aquellas otras normas sobre las que se erige el ordenamiento jurídico en su totalidad -sin dejar de integrarlo-, que son sus principios fundamentales. Es en este contexto donde se sitúa la reciente doctrina de Robert Alexy, con su modelo de argumentación jurídica e interpretación constitucional basado en la distinción entre reglas, principios y procedimiento *(Regeln/Prinzipien/Prozedur-Model).*

DOXA 21-II (1998)

BASES TEÓRICAS DE LA INFORMÁTICA JURÍDICA

Ricardo A. Guibourg
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

1. El Dr. Deep Blue[1]

No hace aún veinte años, se instaló en Buenos Aires el primer sistema de informática de gestión, en la mesa de entradas de la Justicia Civil. Cuando ya se hallaba en pleno funcionamiento, un alto magistrado que pasaba por allí se preguntaba, con tono de fastidio: «¿cuándo sacarán todo esto de aquí?». Tal vez sea posible reconstruir el razonamiento subyacente a aquella exclamación. Acaso su autor pensaba que la informática jurídica era un experimento destinado al fracaso, un gasto inútil de espacio, de dinero y de esfuerzo y, lo que es peor, un proyecto que entraba en conflicto con la esencia misma de lo jurídico.

A partir de aquella reconstrucción, dos actitudes frente al derecho pueden distinguirse. Una de ellas es la que trata de aprovechar la tecnología, no sólo para hacer lo mismo de siempre con mayor rapidez sino para potenciar la calidad de lo que se hace, aun al riesgo de tornarlo irreconocible. La otra actitud parte de una concepción estática de la actividad jurídica y sólo admite (tardíamente) los avances tecnológicos cuando se le garantiza que ninguna modificación de fondo habrá de introducirse en el milenario oficio del jurista.

Por supuesto, la informática ha sido hasta ahora incapaz de dar esa garantía. Aun cuando la función de la computadora pueda circunscribirse de hecho a la de una perfeccionada máquina de escribir, sus otras funciones reales o potenciales se hallan a la vista de todos, de modo que es inevitable que tar-

[1] El hombre ha sido siempre celoso de lo que entiende como su superioridad. Luego de haber perdido sus batallas unilaterales con la astronomía, con la zoología y hasta con la psicología, después de haber intentado (afortunadamente sin éxito duradero) segregar a las mujeres, a los indios, a los judíos y a los negros, trataba hace un cuarto de siglo de diferenciarse de las computadoras. Una computadora, se decía, puede ser instruida acerca del movimiento de las piezas del ajedrez; pero su habilidad no pasa de la de un principiante. Este mismo año, una máquina llamada Deep Blue venció a un gran maestro del ajedrez. Muchos lo lamentaron como una derrota del hombre como oponente de la máquina. Otros lo festejaron como un triunfo del hombre, en su calidad de constructor de la máquina. Pero la actitud que escojamos en este tema no cambia un ápice la realidad.

de o temprano tiendan a aprovecharse. Y, por cierto, la mayoría de esas funciones tiene presupuestos o requisitos que corroen la concepción tradicional.

Algunos piensan que el conflicto con el modo humano de pensar el derecho proviene del extraordinario desarrollo de la inteligencia artificial, y ven en este hecho una forma de rivalidad entre el hombre y la máquina. Sin embargo, parece más cercano a la realidad razonar exactamente a la inversa. Si -por vía de hipótesis- tomamos la inteligencia humana como paradigma del pensamiento, observaremos que la inteligencia artificial carece, al menos por ahora, de la capacidad de aprender por vía analógica y hasta subliminal en la magnitud en que el ser humano puede hacerlo. Si la máquina fuera perfecta (en el sentido definido), bastaría con enviarla a la Universidad y ponerla en contacto con ricas bibliotecas para convertirla en un jurista avezado. Aprendería a atribuir relevancia a lo conocido y repetido, así como a menospreciar las hipótesis nunca planteadas; se habituaría a aceptar opiniones que se postulan como verdaderas sin controlar su consistencia interna ni su deducibilidad de los axiomas generales. Y aceptaría estos axiomas acaso induciéndolos por su cuenta de la conducta espontánea de sus maestros, sin ponerlos en duda hasta que alguna catástrofe la obligase a hacerlo. En otras palabras, el ordenador actuaría como suelen hacerlo juristas y abogados y debatiría con ellos en los mismo términos en los que se desarrollan habitualmente los congresos y simposios.

Pero las máquinas no son tan desarrolladas. Ellas requieren programas en los que cada paso de razonamiento esté explícitamente indicado; procesan datos expresados en forma inequívoca y, finalmente, ofrecen resultados lógicamente deducibles de unos y de otros. Programar una computadora, entonces, no es tarea sencilla para un experto en derecho, habituado al lenguaje vago, a los criterios no explícitos, a cierto casuismo incontrolado y a la aceptación de resultados en cierto modo aleatorios.

Este es el motivo por el que, si el derecho informático es una parte del derecho vigente y si la informática jurídica es una técnica aplicable en principio a cualquier segmento del derecho, las bases teóricas de la informática jurídica constituyen un tema específico de la epistemología del derecho, estrechamente emparentado (y, como sucede en las familias, a veces en conflicto) con la filosofía jurídica.

2. Enfoques paralelos, desarrollos convergentes

Julia Barragán, en su reciente artículo para la Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía[2], distingue para la informática jurídica dos enfoques: los

[2] Barragán, Julia, *Informática jurídica,* Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, volumen 11, *El Derecho y la Justicia* (de. Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta), Madrid, Trotta, 1996, página 39.

que denomina como «dominantemente computacional» y de «equilibrio entre las esferas». El primero encara al derecho como un mero campo de aplicación de la informática y busca «algoritmos que se aplican sin restricciones sobre una masa de datos sin forma». En este sentido, los juristas, «como resultado del pecado original de expresarse en su propio lenguaje, y de razonar conforme a sus propios patrones, parecen condenados a no disfrutar nunca plenamente de todas las maravillas que la Informática despliega ante sus ojos asombrados». En el segundo enfoque, en cambio, «la ciencia de la Computación deja de ser el referente inamovible cuya certeza no se pone en duda, para convertirse en un territorio permanentemente sujeto a críticas, refinamientos y validaciones, los cuales derivan necesariamente de la esfera jurídica» y se vinculan «con la necesidad de producir una transformación del entorno en el que se producen las inferencias y las decisiones jurídicas, con la finalidad de que las mismas posean la mejor base argumental alcanzable». En este contexto, las características conocidas del lenguaje del derecho («la textura abierta, el carácter vago de algunas palabras y, fundamentalmente, su semántica») «no son defectos o errores que hay que corregir a cualquier precio para llegar a perfilar un buen conjunto de aplicación de los algoritmos, sino que ellos mismos constituyen condiciones que generan un poderoso estímulo en la definición de estructuras de datos interesantes y complejas, semánticamente conformadas desde un punto de vista jurídico». Destaca la misma autora que la «posibilidad de que exista más de una respuesta correcta, según sean los antecedentes que se seleccionen para tomar la decisión (...) no constituye una herejía que haya que exorcizar rápidamente, sino que siendo el rasgo típico de lo que se conoce como interpretación del Derecho, debe ser preservado en la estructura de los datos».

Sería interesante investigar si aquellos dos enfoques son independientes e incompatibles entre sí o si, por el contrario, su propia dinámica los conduce a unirse a medida que sus presupuestos se clarifiquen y sus objetivos adquieran compatibilidad mutua.

En el Congreso Mundial de 1995, Danièle Bourcier formuló una advertencia: «escribir un sistema experto es codificar el derecho»[3]. Y explicaba que «tanto los modos de elaboración de los sistemas de información legal, como la codificación, forman parte de los modos de racionalización de la producción jurídica», ya sea en el momento de la redacción de los textos o en el de su aplicación. Según Bourcier, los dos instrumentos deben ser co-

[3] Bourcier, Danièle, *L'informatisation du droit; réflexions sur l'évolution des techniques d'écriture de l'état,* en 17th IVR World Congress, Bologna, 16-21 June, 1995, *Challenges to Law at the End of the 20th Century,* Bolonia, IVR, 1995, tomo II, página 65.

herentes (concentración del material jurídico), manejables (incluir únicamente disposiciones normativas), tener una estructura lógica, estar escritos en un lenguaje claro, suprimir las dificultades de interpretación y, finalmente, ser completos en relación con la materia tratada.

A primera vista, las reflexiones de Barragán y de Bourcier parecen referirse a problemas distintos. Mi propósito es mostrar la relevancia que tiene, para el desarrollo del pensamiento jurídico, advertir el punto en que ellas se entrecruzan y confrontan distintas maneras de plantear el mismo problema. Ese punto es el examen (la reconstrucción) de la estructura del pensamiento jurídico.

3. Las condiciones para el uso de la informática

Dentro de la informática jurídica, es común distinguir tres campos, en orden creciente de complejidad y, a la vez, en orden cronológico de aparición: la informática documental, la de gestión y la decisoria. La primera fue recibida de buen grado por abogados y juristas. La segunda generó alguna resistencia, que finalmente cedió ante las ventajas que ella ofrecía. La tercera sigue erizando la piel de los juristas y provoca todavía polémicas encendidas. Pero todas ellas, es preciso señalarlo, constituyen distintas maneras, diferentes intensidades en el cumplimiento de una misma función, a saber, la de recibir informaciones, elaborarlas de acuerdo con un programa y ofrecer el producto de tal elaboración al hombre de derecho[4]. Las diferencias, meramente cuantitativas, residen en el grado de complejidad de los criterios de elaboración contenidos en el programa. En todos los casos, sin embargo, la calidad del servicio prestado por la computadora depende, en el derecho como en otros campos de la actividad humana, de dos factores: la representación del conocimiento y el motor inferencial.

El motor inferencial no es otra cosa que la lógica que permite pasar de las premisas a las conclusiones. En este aspecto, el material jurídico ofrece algunas dificultades específicas: es preciso desarrollar una lógica que dé cuenta de ciertas constantes normativas, como obligación, prohibición, facultamiento, acción, omisión, delegación, competencia. La lógica deóntica busca, desde mediados del siglo, dar respuesta a estas necesidades. Aunque queda todavía un buen trecho por recorrer, ya es posible reconstruir formalmente el contenido y el resultado de normas dictadas sucesivamente en un mismo orden normativo[5].

---

[4] Esta idea, como muchas de las que siguen, está tomada de Guibourg, Ricardo A., Alende, Jorge O., y Campanella, Elena M., *Manual de Informática Jurídica,* Buenos Aires, Astrea, 1996.

[5] Una tentativa en este sentido se halla contenida en Guibourg, Ricardo A., *Formalization of Competence,* en *Normative Systems in Legal and Moral Theory, Festschrift for Carlos E. Al-*

La representación del conocimiento, a su vez, es la técnica con la que se describe el segmento del universo que se desea manejar. La realidad geográfica, para usar un ejemplo clásico, puede describirse (modelizarse) mediante mapas; la química con fórmulas, la economía con cifras y gráficos de curvas. ¿Y la jurídica? Los tratados de derecho emplean una forma de representación, pero es dudoso que esa técnica facilite la construcción de sistemas expertos no humanos, ya que emplea conceptos vagos, ideas implícitas y palabras con fuerte contenido emotivo. El texto mismo de las leyes adolece de características similares y requiere una constante tarea de interpretación, sin la cual el derecho no podría ser descripto. Cabe decir, pues, que la representación del conocimiento es un verdadero problema de la informática jurídica que, con diverso grado de dramaticidad, se plantea en todas sus ramas y, en el caso límite de la informática decisoria, se centra en lo que puede llamarse la formalización del razonamiento jurídico.

En efecto, el razonamiento ha de ser adaptado a las necesidades de los sistemas informáticos; pero estas necesidades no son cualitativamente diferentes de las que rigen el pensamiento humano. Semejante adaptación es una suerte de formalización: nada en ella puede quedar sujeto a la improvisación del momento ni librado a la acción de variables ignotas (a menos, claro está, que tales variables sean halladas, formalizadas e introducidas en el programa con motivo del caso particular). Las posibilidades del sistema pueden ser infinitas, como son infinitas la sucesión de los números naturales o las consecuencias de un conjunto dado de premisas; pero todas ellas deben hallarse contenidas en formas o clases de combinaciones de variables que el sistema acepte como relevantes, y aun estas variables han de derivar de un número finito de elementos primitivos, combinables entre sí según aquellas formas.

4. Deshumanización o clarificación

La exigencia de adaptar el razonamiento jurídico a las necesidades informáticas es a menudo recibida como una propuesta de deshumanizar el derecho. Los juristas están orgullosos del modo de pensar que cultivan desde hace milenios y, más aún, lo consideran un verdadero bastión de humanismo, apropiado para tratar con valores igualmente humanos: la vida, la libertad, el honor, los derechos en general. En este contexto, el carácter difuso de los criterios de apreciación de la prueba y la textura abierta de las normas, que abre camino a diversas y cambiantes interpretaciones, son canales

---

chourrón and Eugenio Bulygin (ed. Garzón Valdés y otros), Berlín, Duncker & Humblot, 1997, página 455.

por los que el sistema jurídico, formal y frío, recibe la necesaria y constante inyección de equidad.[6]

No concuerdo en absoluto con la actitud que subyace a aquella visión del problema. Los mismos dones de racionalidad con los que el hombre pretende diferenciarse del resto de la escala zoológica terminan a veces por espantarlo cuando se le presentan como asignatura pendiente[7]; pero la evolución del pensamiento humano (es decir, su cambio favorable según sus propios criterios generales de preferencia) tiende invariablemente a poner de manifiesto lo implícito, a clarificar lo que se presenta a la conciencia de un modo confuso y, una vez hecho eso, a concebir nuevas combinaciones de ideas y criterios que, a su vez, serán más tarde objeto del mismo proceso.

La aplicabilidad de esa reflexión al campo del derecho se advierte fácilmente cuando se analiza el modo en que el jurista (abogado, juez, funcionario, observador experto) razona frente a un caso particular. El jurista siente que puede ejercer cierta libertad al emitir su decisión, opinión o dictamen; pero sabe también que su actitud requiere fundamentos, y que no cualquier fundamento (un tiro de moneda a cara o cruz, por ejemplo) es aceptable. El universo de los fundamentos aceptables constituye, en cierto modo, el programa al que el jurista se halla sujeto, integrado por criterios que permiten: a) seleccionar y valorar las pruebas, para decidir a partir de ellas los hechos controvertidos; b) seleccionar, entre estos hechos, los que hayan de considerarse relevantes para caracterizar el caso en examen; c) construir, a partir de estas características relevantes, un esquema del caso que lleve a subsumirlo en un tipo general y d) vincular este tipo general con una solución normativa, también genérica, que después será adaptada a los datos particulares del caso.

La fuente más obvia de estos criterios es la ley. Las normas jurídicas, en sus distintos niveles, proveen al jurista una programación general, frente a la cual éste goza de escasa libertad: su apartamiento de tales criterios, salvo casos excepcionales, como los de inconstitucionalidad, se considera equivocación del abogado o mal desempeño de la función judicial o administrativa.

Otra fuente son los precedentes o la jurisprudencia, conjunto de decisiones anteriores que ejercen sobre el jurista cierta presión para el empleo de criterios interpretativos aunque, según sea el sistema jurídico del que se trate, le dejan mayor amplitud de decisión personal.

---

[6] Acerca de la equidad como conjunto de criterios no explícitos, me he extendido en Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo,* Buenos Aires, Astrea, 1987, página 118.

[7] Isaac Asimov ha mostrado magistralmente este punto en su cuento *¿Qué es el hombre?,* en *El hombre del bicentenario,* Barcelona, Martínez Roca, 1978.

Pero estas decisiones personales, tal como las interpretaciones de la jurisprudencia y aun, en buena medida, la resolución de aplicar normas sobre inconstitucionalidad, abuso del derecho o lagunas, dependen a su vez de otros criterios. Sólo que estos criterios no son completa ni predominantemente provistos por la ley ni por los precedentes: se encuentran en la formación moral y profesional del juez, del abogado o del funcionario.

Cada jurista, en efecto, ha resuelto alguna vez su posición frente a ciertos problemas jurídicos o situaciones de hecho, o elegido entre dos o más corrientes jurisprudenciales la que él considera más justa o adecuada; y, si su posición no ha de obedecer a una repentina improvisación, se encuentra en condiciones de explicar los motivos o argumentos que lo conducen a la conclusión escogida.

Pero, si se examinan a fondo esos argumentos, podrá casi siempre advertirse que ellos se basan en conceder a ciertas circunstancias un valor más relevante que el que les otorgan las razones esgrimidas por la argumentación opuesta. Estas diferencias de apreciación -a menudo matices no expresados- son muchas veces desconocidas por el propio jurista que las sustenta: ellas corresponden a su programación ignota, a la que fue absorbida desde la infancia y modelada por un sinnúmero de contingencias personales ocurridas durante su vida, tal vez hoy olvidadas. El fruto de estas incontables e incontrolables condiciones, de su combinación y de su entrechoque durante muchos años en la caja negra del inconsciente, es un individuo autoritario o liberal, más inclinado hacia la derecha o hacia la izquierda, apático o voluntarioso, conformista, temerario o cobarde y, en definitiva, dispuesto -acaso sin saberlo- a reaccionar de cierta manera frente a ciertos estímulos que se le propongan.

Este panorama tan aleatorio -y, mirado de cerca, tan poco alentador- es precisamente el que se encuentra en el fondo de la función judicial o administrativa, el que muchos juristas reivindican y alaban como el indispensable control humano de la aplicación de la ley en cada caso individual, el que se nos muestra glorificado bajo el nombre de equidad.

Y, sin embargo, algo hay de cierto en esa consideración. La aplicación humana de criterios implícitos e inconscientes es la base última de todas las preferencias, y resulta indispensable al derecho, pero no en tributo a su excelso carácter humano, sino a causa de su propia imperfección.

En efecto, todo criterio conocido puede expresarse en palabras y, en caso necesario, llevarse al grado conveniente de precisión. Un criterio expresable y preciso puede formalizarse, ya sea como algoritmo, ya sea como la configuración de un diagrama arborescente del flujo de decisiones. Y un criterio formalizable de esta manera puede ser introducido en el programa de un ordenador, que lo aplicará con mayor rapidez, eficiencia, seguridad e im-

parcialidad que el propio ser humano. Los criterios desconocidos, en cambio, se encuentran todavía encerrados en la caja negra de nuestra mente, de donde es posible extraerlos en parte por medio de la introspección y del razonamiento o inducirlos por medios estadísticos. Una vez sacados a la luz pueden seguir el camino de los otros; pero mientras eso no ocurra, sólo el hombre puede aplicarlos, ya que forman parte de su programa, sin que existan (todavía) diagramas para reproducirlos ni una vía adecuada para transmitirlos.[8]

5. Entre el arte y la exactitud

Para el hombre, pues, una cosa es saber hacer algo (ser capaz de hacerlo en la práctica) y otra diferente saber cómo se hace algo (ser capaz de explicitar los pasos y criterios que, debidamente empleados, conduzcan con seguridad al fin deseado).

Un experto sabe hacer su trabajo. Pero el creador de un sistema experto debe saber cómo se hace ese mismo trabajo, lo que no es lo mismo, e implica por su parte tomas de conciencia y desacralizaciones tal vez dolorosas. Miguel Ángel habría sabido describir la técnica empleada para pintar la Capilla Sixtina, pero se habría sentido perplejo y hasta ofendido por alguien que le preguntase por el minucioso y oscuro proceso intelectual y afectivo que lo había llevado a concebir las imágenes, a elegir los colores, a crear luces o a sugerir transparencias. Esa parte de la «técnica» era desconocida por el propio artista, a la vez que constituía la impronta de su genio. Los artesanos, sin embargo, han condescendido a menudo a analizar su talento en segmentos comprensibles: así el mundo disfruta de la industria. Otro tanto hacen hoy científicos de toda laya y, en unión con los informáticos, dan a luz los sistemas expertos (las actuales máquinas de saber)[9].

Esta actitud, apenas incipiente en el campo del derecho, es una de las condiciones actuales para el uso de las computadoras. Para la máquina, que no olvida y que carece de subconsciente, saber hacer y saber cómo se hace son una y la misma cosa. Para programarla, es preciso indicarle todos los pasos a seguir en cada situación. Y hacerlo claramente, en un lenguaje que la máquina pueda «comprender». El jurista, habituado a la imprecisión, a las medias palabras, a los argumentos inconcluyentes y, en general, a un método que se parece más al arte que a las matemáticas, emplea y tiene por buenos criterios y datos que no le han sido suministrados formalmente, que no siempre ha controlado racionalmente y que, de hecho, a veces ni siquie-

[8] Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo* (cit.), páginas 145 a 147.

[9] Guibourg, Ricardo A., *Sobre la técnica en el derecho,* en Guibourg (recopilador), *Informática jurídica decisoria,* Buenos Aires, Astrea, 1993, páginas 9 y 10.

ra conoce. Este fondo de criterios ignotos le permite proporcionar soluciones donde las condiciones son vagas o desconocidas, interpretar normas de contenido ambiguo y, en general, adaptar los criterios formales a lo que él entiende como las necesidades del caso particular (esto es, modificar criterios deficientemente expresados en virtud de actitudes valorativas exentas de control intersubjetivo).

El empleo de la informática, en cambio, nos propone una utopía tecnológica. En su versión extrema, ella consiste en proveer, para cada situación de hecho propuesta, una solución legal única, completamente previsible e inmediata. Parece obvio que, si tal cosa pudiera lograrse, no sólo las prácticas jurídicas se verían profundamente modificadas: la actitud de las personas frente al derecho se tornaría completamente diferente.

En efecto, todo el manejo de las normas y de las circunstancias eventualmente relevantes para fines normativos se halla, desde siempre, adaptado al escaso rigor del pensamiento jurídico. Estamos habituados a pensar que toda decisión de derecho requiere alguna elección entre criterios, ya sea de identificación y apreciación de la prueba, de interpretación de las normas, de la consiguiente subsunción del caso en la norma interpretada y, en algunos casos, de elección discrecional de las consecuencias dentro de un marco provisto por la ley. Esa opción entre criterios diversos no está a su vez determinada por metacriterios unívocos ni públicos, sino por procedimientos y presupuestos que integran el más o menos ignoto sistema de pensamiento del individuo que haya de adoptarla. Esta última circunstancia no nos parece un mal necesario, sino una ventaja inherente a la humanidad de la materia a tratar, y por esto concedemos a los decisores un prestigio social tanto mayor cuanto menor sea la predecibilidad de sus decisiones, así como, en caso de divergencia entre un número plural de decisores, aceptamos el criterio mayoritario con un respeto casi religioso. Como consecuencia, nadie está positivamente seguro de la licitud o de la ilicitud de una conducta determinada hasta que el tribunal de última instancia se ha expedido acerca de ella: lo que llamamos seguridad jurídica es, en el mejor de los casos, un grado más elevado que otros en la probabilidad de acierto de las predicciones que formulamos.

Si la utopía informática se realizara, cada individuo podría saber de inmediato la calificación deóntica de sus conductas y, en caso de llevarlas a cabo, la protección o el castigo que el sistema jurídico hubiese dispuesto para ellas sobrevendría automáticamente, de inmediato y en forma absolutamente previsible. Es fácil imaginar el impacto que esta situación tendría entre deudores y acreedores, abogados y potenciales infractores y, de paso, el modo en que descendería la importancia relativa de jueces y funcionarios para dar paso a una sociedad regida por una ley común, pública y transpa-

rente, antes que por la mano más o menos generosa de magistrados y funcionarios.

6. Más acá de la utopía informática

Desde luego, la utopía informática no es íntegramente realizable. No porque la naturaleza del material a tratar constituya en sí misma un obstáculo, sino porque no existen, al menos por ahora, medios técnicos adecuados para satisfacer algunas exigencias de aquel modelo ni condiciones políticas para emplear consistentemente los medios técnicos disponibles. El modelo de sistema normativo propuesto por Alchourrón y Bulygin[10], por ejemplo, es una excelente base para reconstruir el orden jurídico de un modo mucho más riguroso que el actual; pero es difícil imaginar a los legisladores dispuestos a diseñar sus leyes mediante matrices de casos. De todos modos, aún en ese supuesto, no menos de dos problemas quedarían en pie. Uno de ellos es el de la *quaestio facti:* puesto que los hechos relevantes para la configuración de cada caso son a menudo mal conocidos y, en no pocos casos, llevados a cabo en la clandestinidad, no existe todavía una teoría de la prueba capaz de dar cuenta satisfactoriamente de todos los criterios de apreciación que puedan emplearse. El segundo, naturalmente, sigue siendo el de la *quaestio iuris:* aunque el legislador definiera los casos relevantes con el mayor rigor disponible, el uso de un lenguaje natural dejaría abierto un campo indefinido para el debate acerca de los límites de cada caso tipo y de su aplicabilidad a una situación concreta.

Sin embargo, estas dificultades sólo se oponen al caso extremo de lo que he llamado la utopía informática. Ellas no impiden avanzar indefinidamente por el camino indicado, al menos hasta chocar, en cada caso, con algún obstáculo que las circunstancias no permitan sortear.

En algunas materias, cuando el cálculo político de costos y beneficios parezca justificarlo, es posible aceptar una deshumanización de la prueba: someterla a formas estrictas, preferentemente preconstituidas, tasar su valor... y aceptar los resultados del sistema trazado. Éste es un tema en el que las valoraciones suelen tomarse por limitaciones fácticas. Por ejemplo, cualquier jurista sentiría horror frente a un sistema procesal penal en el que la libre convicción del fiscal, expresada en la acusación, se considerase en sí misma una prueba del delito y el acusado tuviera a su cargo la prueba de su inocencia. Sin embargo, este mismo sistema se halla en vigencia en materia de infracciones de tránsito, donde el acta levantada por el agente de policía sirve a la vez como acusación y prueba ante el tribunal municipal. Que

[10] Cfr. Alchourrón, Carlos E., y Bulygin, Eugenio, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Buenos Aires, Astrea, 1974.

quede en claro, por supuesto, que no estoy proponiendo universalizar un procedimiento tan dudoso, sino tan sólo sugerir que hay casos (habitualmente menores) en los que la sociedad privilegia la preconstitución de la prueba incluso frente a las garantías de justicia individual[11].

A la inversa, en la determinación del derecho aplicable es posible mantener una relativa humanización. Cada criterio normativo es acaso como un iceberg, del que la punta conocida puede ser rigurosamente descripta por cualquiera, mientras su base permanece sumergida en un mar de potencialidades subconscientes. Dado que la decisión sobre cada punto desconocido, aunque sea adoptada en un caso individual, implica por sí sola un criterio general para casos semejantes, es posible rescatar de la imprecisión segmentos cada vez mayores de cada sistema de criterios, a medida que los planteos individuales lo hagan necesario o conveniente. Una vez advertidos y hechos explícitos, los criterios pueden ajustarse al consenso público o a la decisión política competente e integrarse a la parte rigurosamente descripta y formalizada[12].

Si hemos de querer emplear aquellos procedimientos es un interrogante político. También lo es decidir cuándo y en qué casos hemos de emplearlos, o qué precio estamos dispuestos a pagar para obtener las ventajas que de ellos han de resultar. Lo que sostengo, por mi parte, es que es perfectamente posible avanzar por el camino del rigor normativo mucho más que lo que los juristas están normalmente dispuestos a admitir.

En este sentido, la principal base teórica de la informática jurídica consiste en un cambio epistemológico. A la luz de este enfoque, las opiniones citadas al principio se muestran como tomas de posición divergentes ante el problema de la racionalidad en el derecho. Julia Barragán parece expresar conformidad con la orientación epistemológica tradicional: el jurista tiene derecho a su propia forma de razonar, que incluye la textura abierta del lenguaje y desemboca en más de una respuesta correcta para cada problema. Danièle Bourcier, desde una óptica más específica, pone de resalto que el uso de la informática jurídica es, como la codificación, un modo de racionalización de la producción jurídica. La racionalidad, desde luego, es un largo camino que, mediante la clarificación de las premisas y la formalización de las reglas de inferencia, tiende a obtener una sola respuesta para cada problema. Y, si la respuesta no es satisfactoria, aconseja revisar las premisas y controlar el uso de las reglas antes que introducir en el sistema una in-

[11] Propuestas de procedimientos formularios, con aplicación de algunas de estas técnicas, pueden consultarse en Guibourg (recopilador), *Informática Jurídica Decisoria* (obra citada).

[12] Cfr. Guibourg, Ricardo A., *El fenómeno normativo* (obra citada), páginas 159 y siguientes.

consistencia individual. En lo personal, tiendo a compartir la actitud de Bourcier y observo que muchos de los argumentos que hoy sirven de obstáculos epistemológicos al aprovechamiento de la informática en el derecho se parecen a los que otrora se oponían a la codificación.

7. Misterio humano, demasiado humano

Los humanos estamos acostumbrados a aceptar con alegría y hasta con orgullo las imprecisiones de nuestro razonamiento, especialmente en ciencias humanas. La informática nos pone frente a una evidencia y a un desafío que no son sólo jurídicos. Una vía epistemológica, la que venimos usando, es ensalzar el misterio, rechazar la lógica o recortar sus alcances y creer que todos hablamos de lo mismo y colaboramos desde distintas posiciones para desentrañar misterios cambiantes y a la postre insondables. La otra consiste en desmitificar los misterios: no dejar de reconocer nuestra limitada capacidad para lidiar con ellos, pero situarlos en nosotros mismos. El misterio, en efecto, no es otra cosa que el conjunto de nuestros criterios y de las relaciones que entre ellos establecemos. Si nos parece un abismo insondable, es porque nuestra mente contiene agujeros muy profundos. Poco a poco, sin embargo, podemos explorarlos y hacer públicos nuestros hallazgos. Sólo en esos límites podremos entendemos realmente (como lo hacemos en el ámbito de las ciencias naturales), para debatir nuestras preferencias en un marco conocido por todos. El resto será un misterio que nos invite a penetrar en él juntos, para que los pedazos que exploremos dejen de ser misteriosos. Para esto son indispensables los juristas, armados del libre debate y de la lealtad intelectual. Pero, después de todo, esta es la diferencia que siempre conocimos entre lo que sabemos y lo que ignoramos. Una cosa es estudiar y aplicar una ciencia y otra es investigarla. Si cada aplicación de la física ya conocida debiera someterse a debate y experimentación como la física que estamos investigando, las ciencias naturales habrían obtenido hasta ahora resultados tan pobres como las ciencias jurídicas.

SCHMITT, KELSEN Y EL LIBERALISMO[*, **]

Carlos Miguel Herrera
Universidad de Cergy-Pontoise (Francia)

A la memoria de Gustavo Herrera

La teoría política de Kelsen es considerada, según una arraigada tradición, como una expresión del liberalismo político. Más aún, se puede decir que el liberalismo forma parte de la «concepción aceptada» de la *reine Rechtslehre,* punto de vista compartido tanto por sus adeptos como por sus críticos. Este liberalismo resulta a tal punto evidente que, más allá de numerosas alusiones, no existen estudios precisos y detallados sobre las relaciones entre Kelsen y el liberalismo.

Ahora bien, contrariamente a lo que este amplio consenso daría a entender, los lazos de Kelsen con el liberalismo presentan a mi entender un carácter complejo: si bien existen, de manera clara, componentes liberales en su pensamiento, no pueden sin embargo ignorarse ciertas incompatibilidades entre algunas de las proposiciones de la doctrina kelseniana y un liberalismo *stricto sensu.* Por cierto, muchos de estos problemas tienen su origen en la ambigüedad del término «liberalismo». No obstante, una lectura de este tipo se mostraría particularmente unilateral si ese liberalismo caracterizase a la teoría de Kelsen como apolítica, irrealista, e incluso moralista.

En realidad, considerar liberal a la teoría jurídica y política de Kelsen fue casi un lugar común en los años 20, en especial durante los debates políticos y jurídicos que se desarrollaban en la República de Weimar. En este trabajo, tomaremos como eje de esta caracterización la crítica de aquel que fuera presentado como un teórico realista por excelencia y antiliberal por vocación: Carl Schmitt. Pero no debe olvidarse que Kelsen era definido como liberal por un arco ideológico que desbordaba un marco político conservador (donde pueden situarse las críticas de E. Kaufmann, R. Smend, H.

---

[*] Traducción de Fabiana Sabsay.

[**] Este trabajo retorna algunas ideas desarrolladas en mi ensayo «Kelsen et le libéralisme», en C. M. Herrera (ed.) *Le droit, le politique. Autour de Max weber, Hans Kelsen et Carl Schmitt,* Paris: L'Harmartan, 1995, p. 37-68 y en mi libro *Théorie juridique et politique chez Hans Kelsen,* París: Kimé, 1997.

Triepel); recordemos en ese sentido el juicio de un socialdemócrata no marxista, H. Heller, para quien la teoría kelseniana representaba «la absolutización metódica del liberalismo y de su "libertad del Estado"». Sin embargo abordar la relación de Kelsen con el liberalismo a través de las consideraciones de Schmitt permite también estudiar, desde otro ángulo, la confrontación de estos dos grandes juristas[1].

Para Schmitt -de quien nos interesa aquí más la crítica que la teoría- la característica principal del liberalismo se hallaba en su apoliticidad. En efecto, «la teoría sistemática del liberalismo se interesa sólo por la lucha contra el poder del Estado en el terreno de la política interior, ésta existe en un conjunto de métodos aptos para frenar y controlar el poder del Estado a favor de la libertad individual y de la propiedad privada, en hacer del Estado un compromiso, en transformar las instituciones en sopapas de seguridad» [1932, p. 69]. Según Schmitt, los dos principios del liberalismo, «la libertad individual y la separación de poderes, son ajenos a lo político (*un-politisch*): estos principios no implican ninguna forma de Estado, sólo son una forma de organización de *frenos* al Estado» [1928a, p. 46].

La teoría kelseniana según Schmitt había perdido el sentido político de la democracia, la substancia de la igualdad democrática. En particular, al considerar que la esencia del parlamentarismo se situaba en el compromiso, Kelsen confundía democracia con liberalismo, construyendo así «una definición liberal de la democracia». Dicha definición, siempre según el jurista alemán, llevaba a Kelsen a realizar «la vieja negación liberal del Estado frente al derecho y a la ignorancia del problema autónomo de la realización del derecho» [1922, p. 22]. Schmitt señalaba empero que ese liberalismo había perdido «la vieja fe en la soberanía de la razón» [1928b, p. 75].

Sin embargo, lo esencial de este bosquejo de un Kelsen liberal, esbozado en su mayor parte por alusiones sucesivas, corresponde más a un liberalismo decimonónico (Constant, Guizot, Tocqueville) que a las ideas del jurista austríaco. Pero Schmitt parece pensar que el núcleo del liberalismo detiene su desarrollo en 1848, y de hecho no hará nunca, más allá de algunos comentarios que no profundizará, diferencias en su seno. En todo caso, consideraba a «la "teoría normativa del Estado" de Kelsen» como la heredera del liberalismo doctrinario luego de las transformaciones de 1918 en Alemania. Para Schmitt, incluso la Constitución de Weimar, una de las primeras expresiones del constitucionalismo social con la Mejicana de 1917, era «una constitución póstuma», que realizaba los ideales del Estado de derecho burgués del siglo XIX.

Un antiguo alumno de Kelsen en la Universidad de Viena, Friedrich Hayek, no compartía la apreciación schmittiana; por el contrario, calificaba al

[1] El aspecto más conocido de la polémica entre ambos teóricos es aquel que se refiere a la defensa de la constitución. Sobre este tema, Herrera [1994].

autor de la *Reine Rechtslehre* de socialista y a su positivismo jurídico como antiliberal. La referencia a Hayek, cuyos análisis puntuarán nuestro estudio, presenta para el tema que nos ocupa un doble interés: no sólo porque puede ser considerado como uno de los principales teóricos del liberalismo de nuestro siglo, sino también porque éste consideraba a Schmitt como un extraordinario estudioso de la política.

En las páginas que siguen pretendo mostrar que si bien existen lazos entre la teoría política de Kelsen y el liberalismo, éstos son en numerosos aspectos problemáticos, e incluso contradictorios. La teoría política kelseniana es menos unívoca de lo que se piensa a menudo.

I. Kelsen y la crítica del liberalismo

Si bien Kelsen no escribirá un estudio específico sobre el liberalismo, es interesante recordar algunas de las caracterizaciones que se encuentran en su obra. Globalmente se puede decir que el liberalismo era para él un «contenido específico» del orden estatal.

Los análisis kelsenianos sobre el liberalismo aparecen muy temprano y de manera crítica. En un ensayo de 1913, Kelsen considera que el siglo XIX, dominado por las ciencias naturales, había sido una era apolítica (*un-politisch*). El liberalismo, negando al Estado, niega toda política: en otros términos, es la liberación de toda política [1913, p. 1506]. Para el jurista austríaco, existe una sintonía entre la visión del mundo y la estructura psicológica individualistas y el liberalismo. El liberalismo expresa la particularidad de un carácter: el individualista niega al Estado pues no lo entiende; y el individualismo lleva a la anarquía política y al nihilismo ético. Kelsen traza también un paralelo entre Nietzsche (filósofo del apolítico siglo XIX) y el liberalismo: la idea del superhombre está en relación con la negación del Estado; la moral nietzscheniana de los señores y el ideal político-económico del liberalismo son el producto del mismo derecho del más fuerte sobre el más débil. En cambio, para él, el sentido de autoridad sólo pertenece a un modo de consideración específicamente normativo. La educación política (que el individualismo liberal y su naturalismo científico son incapaces de promover) debe despertar el querer consciente del Estado (*der bewußte Wille zum Staate*), no solamente el amor por el Estado [p. 1512]. El jurista austríaco señala también que pretender que el Estado sea el representante del interés general, cuando sólo es la organización de una clase dominante, es una ficción política [p. 1515][2].

[2] Si bien cronológicamente se trata de un texto «de juventud», encontramos sin embargo temas habituales que Kelsen desarrollará a lo largo de su obra política; asimismo hará referencia a este ensayo por lo menos hasta 1929.

En el conjunto de sus escritos políticos, Kelsen distinguirá el concepto de democracia de los de liberalismo y de capitalismo, así como también lo hará con aquellos de «libertad política» y «libertad económica». Es por esto que señala, en su último ensayo sobre el tema, que la democracia liberal sólo es un tipo de democracia y subraya que el principio de la democracia y el principio del liberalismo no se identifican, existiendo incluso cierto antagonismo, ya que el liberalismo implica la limitación del poder para cualquier forma de gobierno y «significa también la limitación de los poderes democráticos».

Con respecto al ideal de paz -que para Kelsen es el que realiza la democracia en la práctica social-, el jurista austríaco se preguntaba en la segunda edición de la *Reine Rechtslehre* si la filosofía de la vida del liberalismo, de acuerdo con la cual la competencia, la lucha concurrencial aparecen como garantía del mejor estado posible de la sociedad, era compatible con ella.

Pero sus críticas al liberalismo son aún más claras cuando se trata del problema del Estado. Para Kelsen, el liberalismo, que se desarrolla bajo la monarquía absoluta, declara al Estado como un mal, y se podría resumir la esencia de su doctrina en «declaraciones de los derechos del hombre contra el Estado». Según el jurista austríaco, si el liberalismo tolera al Estado, es porque la burguesía ve en él un instrumento eficaz para la defensa de la propiedad privada. Contra la idea de que el Estado sería el representante del interés general, escribe: «si el liberalismo no niega completamente al Estado, sino que lo tolera, se debe al hecho de que sigue reconociendo en él una defensa de su sagrada propiedad privada, al hecho de que la clase, cuya expresión intelectual es el liberalismo, encuentra en el Estado su ventaja, no ciertamente desde el punto de vista económico aunque sí desde el punto de vista político». Kelsen señala en particular que el Estado era para Adam Smith un «aparato para la opresión del proletariado» sin derechos económicos [1924, p. 138 sq.]. En este sentido, la teoría liberal se acerca a la teoría anarquista, incluso si la primera tiene un criterio más realista en lo que se refiere a la naturaleza humana, que le hace considerar al Estado como un mal necesario, cuya acción debe ser reducida al mínimo: «defensa de la seguridad exterior, protección de la vida y la propiedad de los miembros del Estado en el interior; pero nada de fomentar el bienestar de los ciudadanos y, especialmente, nada de intervención estatal en la vida económica» [1925, p. 31, trad. esp. p. 41][3].

[3] En su crítica de la teoría política del marxismo de los años 20, Kelsen considera que Marx y Engels han heredado esta concepción liberal del Estado, propia del siglo XIX. Por lo tanto, la teoría política del marxismo reduce el Estado a un instrumento de la clase económica dominante, quedando prisionera del dualismo «liberal-burgués», y esto se expresa sobre todo en el ideal de una sociedad apolítica, sin Estado, que, según Kelsen, sólo es una utopía anarquista, en contradicción con la teoría económica de la socialización de los medios de producción.

Con estas críticas, Kelsen se ubica muy lejos de la concepción del Estado del liberalismo, en la que, según Schmitt, «el Estado aparece como el servidor, rigurosamente controlado, de la sociedad» [1928b, p. 137]; más aún sabiendo que Kelsen define como estatismo o politismo (*Politismus*) la dirección de aquellas teorías políticas que afirman fundamentalmente al Estado como orden coactivo.

Frente a los ataques de que era objeto su teoría a finales de los años 20 nuestro autor afirmaba «nadie como yo ha puesto en claro hasta qué punto el concepto de Estado de derecho del liberalismo es la absolutización de una posición unilateral». Sin embargo, no agotamos el tema que nos ocupa aquí si sólo nos conformamos con recordar estos juicios, que han sido considerados por varios comentadores de la teoría pura, como E. Pasukanis, como la crítica de un neoliberal a una forma superada de liberalismo. Conviene entonces examinar ciertas proposiciones de la teoría pura a la luz de algunos rasgos teórico-políticos constitutivos de la doctrina liberal.

II. Teoría pura y liberalismo

Para tratar este punto es preferible, antes que arriesgar una definición formal, distinguir ciertos caracteres que conforman al liberalismo como doctrina. Éstos son:

- La libertad como punto de partida teórico, en el que el individualismo aparece como *pendant.*
- La limitación de la esfera de intervención del Estado.
- El parlamentarismo, aun formado por sufragio censitario, como el mejor garante político de la libertad.
- La creencia en una armonía social, cuya importancia varía de acuerdo a las diversas tradiciones.
- Los lazos consustanciales con la economía de mercado regida por la propiedad privada.

Libertad e individualismo

Es en este punto que quizás el pensamiento de Kelsen se aproxime más al liberalismo, ya que la libertad es definida como «el centro eterno y fundamental de toda especulación política».

Para Kelsen la libertad es la «esencia» de la idea de democracia. Pero según él, se trata de una libertad natural, pre-social: en su sentido negativo originario, el hombre es libre solamente fuera del Estado y de la sociedad; pero esta concepción, común a las teorías del derecho natural del siglo XVIII, lleva a la anarquía. El concepto de libertad debe transformarse en autonomía política, para dejar de este modo de ser una libertad negativa (la libertad del liberalismo). Con esta transformación, «el lugar de la libertad del

individuo es ocupado por la soberanía del pueblo, o, en otros términos, el Estado libre como supuesto fundamental». Según el jurista austríaco, «el Estado libre (*freie Staat*) es aquel cuya forma es la democracia, porque la voluntad estatal u orden jurídico es producida por los mismos que a ella están sometidos» [1925, p. 326]. Esta transformación marca así la separación de la democracia del liberalismo [1929, p. 10].

No obstante, Kelsen escribirá en la *General Theory of Law and State* que la democracia coincide con el liberalismo político (aunque no necesariamente con el liberalismo económico), en la medida en que la opinión pública, esencial para la democracia, exige las libertades intelectuales (de prensa, de religión, de palabra). En el mismo período, sostiene que la democracia moderna no puede separarse del liberalismo político en lo que se refiere a la protección de las minorías, la restricción del poder del gobierno o la libertad de la ciencia [1955a, p. 27 sq.][4]. Así, el concepto de democracia ha sufrido la influencia del liberalismo político y «su tendencia a reducir el poder del gobierno en pos del interés de la libertad de los individuos», a través de la introducción de las garantías de libertad intelectual.

Sin embargo, otras ideas del jurista austríaco toman estas afirmaciones más complejas: en el mismo texto sostiene, en efecto, que esta libertad es también posible en un sistema económico socialista, la nacionalización de los medios de producción no excluye la existencia de instituciones que garanticen la libertad intelectual [1955a, p. 83-84]. En este sentido, ya había defendido la idea según la cual el principio vital de la democracia no era la libertad económica sino la libertad intelectual (*geistige Freiheit*), que podía existir tanto en una democracia liberal como en una democracia socialista. En efecto, el principio de la libertad económica del liberalismo no puede incluirse en la definición de democracia, sólo la libertad intelectual es esencial en la concepción kelseniana.

En cambio, la teoría pura, según su autor, elimina de la teoría del derecho «la libertad o la autonomía de la persona física, la forma jurídica del dogma ético de la libre voluntad» que el jurista austríaco considera como una ilusión. Ya en sus primeros escritos sobre la democracia Kelsen escribía que «la democracia -siempre que el poder del Estado sea exclusivamente determinado por los individuos sujetos a él-, es compatible aún con el mayor predominio del poder del Estado sobre el individuo e incluso con el total aniquilamiento de la «libertad» individual y con la negación del ideal del liberalismo».

[4] En un ensayo publicado en la época del fascismo, ya había escrito que la libertad política y personal protege al individuo contra los actos arbitrarios de los órganos del Estado e incluso de los partidos.

Es así que para Hayek, Kelsen reduce la «libertad individual» a «la independencia colectiva de la comunidad, es decir la democracia», y en esta concepción, la libertad «se convierte en una noción "irremediablemente condenada"» [1976, p. 53].

Sin embargo, no es menos cierto que el punto de partida de Kelsen es el individuo: ¿se lo puede considerar por ello como un partidario del individualismo metodológico? Ahora bien este individualismo debe entenderse a partir de su funcionalismo epistemológico -y de su crítica radical a los conceptos-substancia que interpretan como cosas estables relaciones que sólo son determinables por el conocimiento. Es también en ese sentido que Kelsen situaba el gran mérito de la teoría freudiana, que había «aportado un trabajo preparatorio inestimable disolviendo de la manera más eficaz en sus elementos psicológico-individuales las hipóstasis revestidas de toda la magia de las antiguas palabras: Dios, la sociedad y el Estado». Así, en los análisis kelsenianos, la psicología humana se antepone a las estructuras histórico-sociales.

En particular sobre este tema, hay que tener en cuenta que con Kelsen no estamos de ninguna manera en presencia de un individualismo de elecciones racionales; por el contrario, para el jurista austríaco «la naturaleza del hombre es en el fondo, irracional e ilógica». Por otra parte, su individualismo puede ser matizado en la medida en que no existe para él, individuo (ni social), fuera del Estado. En este sentido, señala que «el individuo en conflicto permanente con la comunidad sólo es una ideología en la lucha de intereses determinados contra su limitación a través de un orden colectivo». Contra los argumentos de Hayek, a los que considera inadmisibles, Kelsen escribirá que el individualismo no se opone al colectivismo, ya que éste existe en grados diferentes en la realidad social, comenzando por el Estado, sin por ello identificarse con el totalitarismo [1955a, p. 81][5].

Pero incluso si se da por sentado el punto de partida individualista de la teoría política de Kelsen, es interesante notar que en ciertas ocasiones éste hace del concepto de «clase» una categoría central de su análisis. Es así que el jurista austríaco critica la noción de *totaler Staat* en Schmitt, pues, en la medida en que dicho «Estado total» sigue siendo «un Estado que garantiza la propiedad privada de los medios de producción», sólo es «una ideología burguesa» que quiere ocultar la violenta contradicción que se expresa en la lucha entre una clase fuera del Estado, el proletariado, contra otra, la bur-

[5] Queda pendiente otra cuestión: ¿los vínculos entre esta corriente epistemológica y el liberalismo son inteligibles? El paso de la epistemología (individualista) a la política (liberal) no parece ser una conexión obligada, como lo prueba la existencia de una corriente que reivindica el individualismo metodológico en el seno del marxismo.

guesía, que es el Estado, pues este orden le garantiza sus intereses [1931b, p. 33-34]. Asimismo, su análisis de los Estados fascistas está también construido en términos de clase: los «llamados a la unidad» del pueblo en las teorías y prácticas de estos Estados expresan para Kelsen «esta voluntad de sobrepasar, de ignorar o de negar las oposiciones de clase -que no son menos reales y activas».

Limitación del Estado

Para Schmitt, la limitación (o negación) del Estado por medio de la libertad individual era la piedra angular del liberalismo. Podríamos pensar tal vez que Kelsen se inscribe en esta concepción cuando, justamente en su polémica con Schmitt, comienza con la afirmación del principio liberal según el cual «la función política de la constitución es la de poner límites jurídicos al ejercicio del poder» [1931b, p. 6], o aun cuando considera, algunos años más tarde, que la democracia es el gobierno que garantiza la mayor libertad individual posible [1955a, p. 32]. Pero un estudio de las principales proposiciones kelsenianas nos muestra que las cosas son mucho más complejas. Abordaremos esta problemática distinguiendo tres puntos que se presentan a menudo como constitutivos de la limitación de la esfera estatal en la tradición jurídico-liberal. Primero, la existencia de los derechos subjetivos, anteriores al Estado como expresión de la libertad individual ilimitada. En segundo lugar, la teoría de la separación de poderes en tanto principio liberal contra la concentración del poder. Finalmente, la doctrina del Estado de derecho, punto de llegada de alguna manera de esta concepción negativa que entiende limitar al Estado por medio del derecho.

Una de las nociones consideradas centrales para una teoría que busca limitar el poder estatal por medio del derecho es aquella de los derechos subjetivos anteriores al Estado. Pero, para Kelsen, el derecho subjetivo sólo es una norma de derecho objetivo con un contenido individual; este «poder jurídico conferido al individuo» existe si ha sido prescripto por el Estado, no antes. Tal como lo entiende la teoría tradicional, esta es una noción ficticia y de carácter ideológico: su fin es imponer límites al contenido del orden jurídico, en particular un orden que no reconoce el derecho subjetivo de propiedad, no puede ser considerado como un verdadero orden jurídico [1960, p. 175-176, trad. esp. p. 182]. Para la teoría kelseniana, por el contrario, no hay ninguna esfera «no política», menos aún la del derecho privado. La idea de que existiría un límite absoluto al Estado en la libertad innata e inviolable del individuo es sólo un postulado de derecho natural: «ni siquiera desde un punto de vista puramente técnico es posible reconocer límites absolutos o, como se dice corrientemente, límites “naturales” del poder del Estado (*Staatsgewalt*)» [1925, p. 41, trad. esp. 54]. Según Kelsen, la técnica

de los derechos subjetivos es propia de los sistemas capitalistas, pues ella está forjada sobre el derecho de propiedad privada. En particular, aparece como barrera contra una abolición de la propiedad por un cambio del orden jurídico y para impedir la expropiación sin indemnización, argumentando que dicha reforma sería contraria a la naturaleza del derecho [1955b, p. 98].

La acusación de Schmitt, en su polémica sobre el «guardián de la constitución», en el sentido de que la introducción de un tribunal para la protección de la constitución implicaría la introducción de derechos subjetivos «contra» el Estado, es aún más errónea cuando se trata de la concepción kelseniana. El jurista austríaco habla en efecto de la garantía de la constitución como «elemento del sistema de medidas técnicas que tienen por finalidad asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales». Y en el sistema que él había concebido en la Constitución austríaca de 1920, los particulares no estaban legitimados para interponer un recurso constitucional.

Kelsen será también un crítico de la teoría de separación de poderes, concebida como una balanza destinada a impedir los abusos del poder, que juzga como un dogma no democrático. Incluso si actúa, a veces, en un sentido democrático (impidiendo la concentración del poder, y reservando la creación de la ley a la pluralidad de los sujetos), no se puede justificar por razones democráticas. Si una constitución democrática establece tal división, es por razones históricas [1945, p. 282, trad. esp. p. 296 sq.]. De hecho, no hay separación posible sino una dicotomía, relativa, entre creación y aplicación del derecho. Ahora bien, este principio, entendido e interpretado como separación de poderes, no es, según Kelsen, esencialmente democrático, pues el principio democrático supone, contrariamente a la separación, la concentración del poder en el pueblo. En cambio, en Montesquieu adquiere el carácter de un dogma que busca conservar al menos una parte de la función legislativa del monarca, por intermedio de la ejecución, impidiendo que el órgano de origen popular establezca su supremacía.

Por último es sobre todo en relación al concepto de «Estado de derecho» que la concepción kelseniana se encuentra en las antípodas de la idea de limitación del Estado. Si el concepto de «Estado de derecho» ha sido interpretado en el sentido de un límite que el derecho impone al Estado, Kelsen denuncia allí un dualismo ideológico propio de la teoría tradicional, que serviría o bien a legitimar un Estado en función de un «derecho» superior o bien a restringir el contenido del orden estatal, y a no reconocer en consecuencia como «derecho» a los órdenes estatales que no tienen un contenido determinado, en particular liberal-capitalista. Según Kelsen, la teoría de la autolimitación del Estado, que sostiene que el Estado debe someterse al derecho que él ha creado, no puede escapar de sus contradicciones lógico-sistemáticas. El Estado es como una suerte de rey Midas, convierte en derecho

todo lo que toca; para la teoría pura «todo derecho es derecho del Estado, pues todo Estado es un Estado de Derecho», incluso un Estado policial. «El ilimitado poder del autócrata para conceder exenciones a las normas generales, la arbitrariedad del gobierno autocrático (...) no es razón suficiente para negar el carácter jurídico de un ordenamiento social que, políticamente, tenga el carácter autocrático». En la 2ª edición de su *Reine Rechtslehre* hablará de la expresión *Rechtsstaat* como de un pleonasmo. Para Kelsen, la disolución de este dualismo metodológico implicaba también la destrucción de la ideología burguesa más eficaz, lo que según él explicaba la violenta resistencia que la teoría jurídica burguesa oponía a la teoría pura.

Por su lado, Schmitt afirmaba que la noción de ley debía tener «ciertas cualidades» en relación con los principios del Estado de derecho y de la libertad burguesa: «si ley es todo lo que manda determinado hombre o asamblea, sin distingos, una monarquía absoluta será también un Estado de derecho; pues en ella impera la «ley», en este caso, igual a la voluntad del rey» [1928b, p. 149]. Este juicio contaba con la aprobación explícita de Hayek, para quien la ley ha sido siempre considerada como «inseparable de la propiedad privada» y al mismo tiempo como «la condición indispensable de la libertad individual». Según el pensador liberal, la teoría kelseniana, en cambio, «da a cualquier orden la dignidad de un orden de derecho», y considera como la ley «toda "técnica social" que emplea la fuerza»; esta noción debería ser reservada, siempre según Hayek, a cierto orden apreciado por la libertad individual que procura, lo que implica cierta restricción al empleo de la fuerza [1976, p. 53][6]. Pero no sólo los neoliberales criticaban a Kelsen en este punto, un «solidarista» como L. Duguit podía escribir que «si se identifica al Estado y al derecho como lo hace Kelsen, resulta harto difícil establecer una limitación del Estado por el derecho»[7].

Parlamentarismo

Para Schmitt existía un lazo genético entre «mercado» y «parlamentarismo». Este vínculo es según el autor de la *Teología política* el producto de una idéntica metafísica (liberal) de la discusión considerada como intercambio (de bienes o de opiniones, en el caso del parlamento). En sus observaciones sobre la situación histórico-intelectual del parlamentarismo, Schmitt escribe (citando una crítica de Gentz) que para el liberalismo las leyes provienen siempre de una lucha de opiniones, y no de intereses [1926,

[6] Kelsen había criticado la supuesta conexión entre *Rule of Law* y capitalismo, juzgada indispensable por Hayek en *The Road to Serfdom.*

[7] Duguit [1928, p. 64 sq]. Para Kelsen, la teoría de Duguit buscaba proteger la propiedad privada caracterizándola como función social [1931a, p. 113]. Sobre la relación Duguit-Kelsen, ver Herrera [1997a].

p. 45-46, p. 9]. Aunque en uno de sus trabajos Kelsen señalará que el paralelo schmittiano entre intercambio de mercaderías y de opiniones es tal vez correcto si se precisa que su sentido consiste en realizar una transacción (económica) o un compromiso (político), un análisis más preciso permite sostener que el autor de la *Teoría pura del derecho* defiende ante todo al parlamentarismo como principio técnico. En este sentido, Kelsen admite que este sistema es una limitación de la democracia, pero lo considera necesario y única forma real por la que el ideal democrático puede realizarse frente a la imposibilidad material de la democracia directa. Se trata de un compromiso entre autodeterminación política y división técnica del trabajo, en el cual la libertad se amalgama con elementos extraños: el principio de mayoría, la formación indirecta de la voluntad, la división diferencial del trabajo.

En particular, contra cierta tradición liberal-democrática, Kelsen considera que la legitimación del parlamento por medio de la soberanía popular juega el rol de «una máscara totémica». El dogma de la representación popular sólo es una ficción que es usada para fundar su esencia en la libertad, queriendo enmascarar la limitación que significa para el pueblo el no-ejercicio directo de su voluntad. El parlamento, si bien ha sido elegido por el pueblo, no lo representa: es un órgano del Estado. Por otra parte, el jurista austríaco propone una serie de reformas destinadas a reforzar el elemento democrático de los parlamentos: el referéndum, la iniciativa popular, la revocación de mandato, la responsabilidad de los diputados, etc.

Contra la crítica schmittiana, Kelsen rechaza que la «armonía preestablecida», es decir un principio metafísico, sea el fundamento del parlamentarismo. Su justificación «en tanto medio específico de carácter técnico-social para la producción del orden social» hace que acuerde la calidad de parlamento al sistema consejista, lo que en la Alemania de los años 20 no parece tener un significado político liberal. Esta dimensión de técnica social aparece también en la idea de que el parlamento «saca a la luz la verdadera situación de los intereses». Se debe destacar sobre todo que Kelsen se une a los teóricos del socialismo reformista en la creencia de que el parlamento abre al proletariado el camino al poder[8]. En efecto, el parlamentarismo, en tanto forma política desarrollada durante los siglos XVIII y XIX, había permitido la emancipación de la burguesía a través de la supresión de los privilegios de la aristocracia, y en forma más contemporánea el reconocimiento de la igualdad política del proletariado, «que tuvo por consecuencia el comienzo de la emancipación económica respecto de la clase capitalista» [1929, p. 26, trad. esp. p. 48-49]. Es por ello que Kelsen interpreta los ataques antiparlamenta-

[8] Sobre este punto, Herrera [1997b].

rios de los años 20 como expresión de la reacción de la burguesía con el fin único de impedir la llegada al poder del proletariado. Efectivamente, sostendrá que el ataque a la democracia parlamentaria por parte de los fascistas se explica en la medida en que «pone en peligro la dominación de la burguesía por el hecho de dar a las masas cierto poder de acción».

En cambio, Schmitt consideraba -y es aquí, sin duda, que reside todo el fundamento de su polémica antiparlamentaria- que el parlamento no podía «integrar en una unidad política al proletariado, masa no poseedora y no educada», a diferencia de la burguesía en el Estado monárquico. Ahí estaba el error de apreciación de «los padres de la Constitución de Weimar» Weber, Naumann y Preuß. Para Schmitt, sólo se «podrá dominar políticamente la nueva situación creada por la emergencia del proletariado y recrear la unidad política del pueblo-Estado alemán» excluyendo «su factor liberal» [1928a, p. 47].

Armonía social

Según Hayek, la sociedad ha adquirido, tras una larga evolución, la capacidad de autorregularse de manera armónica; el liberalismo como doctrina se deriva del descubrimiento de ese orden espontáneo [1966, p. 162]. Kelsen consideraba también que, para el liberalismo, la vida económica y la cultura espiritual prosperan cuando son abandonadas al libre juego de las fuerzas sociales [1925, p. 31]. En cambio no existe para el jurista austríaco armonía natural de intereses, no hay tampoco forma alguna de unidad de intereses *a priori.* En particular, y ya desde los *Hauptprobleme,* la noción de «interés general» era para el jurista austríaco: «falsa y peligrosa: sólo existe un grupo de gobernantes que presenta sus intereses particulares como el interés general». Para Kelsen, incluso «el llamado interés colectivo» es una ficción cada vez que es entendido como algo más que un compromiso entre intereses opuestos o una decisión en favor de uno de ellos. El compromiso kelseniano implica siempre la solución del conflicto por medio de una norma [1945, p. 288].

Es por ello que la temática del «compromiso» -central en la concepción kelseniana de la democracia- no debe confundirse con la creencia en una armonía social. En cambio, el compromiso aparece como la expresión de las relaciones de fuerza de los grupos sociales, la resultante de los intereses de las fuerzas sociales opuestas. Y en ese sentido, sólo se pueden establecer compromisos «durables y siempre renovables», pero esto no significa el logro de una verdad más elevada, con valor absoluto superior a los intereses de los grupos [1929, p. 58, trad. esp. p. 86].

Incluso si Kelsen afirma a veces que «democracia es discusión», la temática kelseniana no es tampoco aquella del «compromiso metafísico» del

liberalismo que Schmitt definía como «la negociación, los términos medios dilatorios, con la esperanza de que la confrontación definitiva, el combate sangriento que llevará a la decisión (*blutige Entscheidungsschlacht*), pueda transformarse en un debate parlamentario y sea eternamente suspendido gracias a una eterna discusión» [1922, p. 54]. Para Kelsen, en cambio «no existen más que intereses humanos y, por lo tanto, conflictos de intereses. La solución a estos últimos puede encontrarse satisfaciendo un interés en detrimento de otro, o mediante un compromiso entre los intereses en pugna. No es posible probar que una u otra solución sea justa» [1953, p. 21-22].

Esta concepción será atacada por un liberal como Hayek, ya que no toma en cuenta los ideales superiores como la justicia o la verdad. Para el premio Nobel, la concepción de Kelsen podía aparecer como «el principal apoyo ideológico de los poderes ilimitados de una democracia» [1976, p. 53]. En efecto, la temática del compromiso en Kelsen se inscribía más bien en la estrategia socialdemócrata: el compromiso en el marco del Estado democrático parlamentario se presenta como una vía para resolver el conflicto de clases a través de una reforma pacífica y gradual (y como alternativa a un cambio violento y revolucionario de las estructuras); lo que se halla lejos de una búsqueda de «la verdad razonable y la norma justa» por medio de una discusión pública, como lo creía erróneamente Schmitt [1928b, p. 303].

Propiedad privada

Según Ludwig Mises, «el capitalismo, o sea la propiedad privada de los medios de producción, constituye el único sistema de cooperación humana viable» [1927, p. 36][9]. No muy lejos de esta concepción Hayek sostiene que la propiedad privada de los medios de producción es la mejor garantía de la libertad, o, como lo afirmará más tarde, «derecho, libertad y propiedad forman una trinidad inseparable».

Kelsen pensaba también que la propiedad privada y la libertad contractual eran las bases del liberalismo del siglo XIX y el Estado sólo debía intervenir para protegerlas. Según el jurista austríaco, si la acción del Estado en el capitalismo actual se había acrecentado, la libertad económica seguía siendo en la tradición liberal un elemento constitutivo de la definición de democracia. En cambio, en la concepción kelseniana, la libertad económica no es esencial para la democracia, sólo cuentan, como ya hemos visto, la libertad como autodeterminación política y la libertad intelectual.

[9] Mises sostiene también que «la propiedad privada no precisa de defensa, justificación, apoyo o explicación. La propiedad es consustancial a la pervivencia de la sociedad, no tienen más remedio los humanos que agarrarse firmemente a la institución para evitar perjudicarse a sí mismos y dañar a todos los demás» [1927, p. 113-114].

Para el autor de la *Teoría pura del derecho,* la democracia es un sistema político que no está necesariamente ligado a un sistema económico definido. Si ella ha sido desarrollada hasta ahora por sistemas capitalistas, y si la experiencia soviética no fue finalmente democrática, eso «no prueba nada», y nada impide entrever en el futuro una combinación entre democracia y colectivización [1955a, p. 77, p. 84]. Por cierto, concede Kelsen, la colectivización de los medios de producción puede llevar a una limitación de la libertad intelectual del hombre que las constituciones de los sistemas capitalistas, por su parte, prohíben; pero en los hechos, el capitalismo restringe también la libertad del individuo, sometiéndolo a las leyes económicas. Lo mismo ocurre con la tolerancia (uno de los principales valores de la democracia en la concepción kelseniana) que las democracias capitalistas abandonan cuando la propiedad y la libertad de empresa son amenazadas (el jurista austríaco piensa aquí en los fascismos). Incluso en el período que algunos comentadores han calificado de «maccartysta», Kelsen no deja de destacar que la explotación económica del capitalismo es un hecho que debe admitirse [1948, p. 47].

Según Kelsen, para probar que existiría una conexión esencial entre capitalismo y democracia, habría que mostrar que la propiedad y la libertad están inseparablemente unidas. Ahora bien, el jurista austríaco considera que los intentos por probar dicha conexión esencial entre libertad y propiedad han fracasado[10].

En particular, el jurista austríaco sostiene que es un dogma político jusnaturalista de la clase dominante para conservar su poder el considerar que el Estado debe respetar los derechos bienes adquiridos. Para Kelsen, estos derechos adquiridos pueden ser limitados o suprimidos por normas jurídicas. Y la indemnización en caso de expropiación no se deduce de la naturaleza del derecho adquirido, sino de una eventual norma jurídica positiva [1925, p. 156].

Como podemos ver, en la concepción de Kelsen no es necesario que el Estado tome primero una decisión en el sentido de la libertad burguesa (libertad personal, propiedad privada, etc.), como Schmitt lo pensaba con respecto a las constituciones del Estado burgués de derecho, del que consideraba a Kelsen como uno de sus teóricos.

* * *

Recordando algunas de estas particularidades, nuestro autor ha sido caracterizado como un *Linksliberaler.* Esta lectura presenta, empero, un lími-

[10] [1955a, p. 94]. En la historia de la filosofía política, los dos ensayos más importantes al respecto son los de Locke y Hegel, que Kelsen juzga insuficientes, incluso ideológicos [*ibid.,* p. 86 sq., 90 sq.].

te importante: sin ignorar los elementos críticos hacia la doctrina liberal que existen en la concepción kelseniana, se sitúa como núcleo de su teoría política el liberalismo, sin problematizar su consistencia, sumando a éste los lazos y la simpatía de Kelsen por la socialdemocracia austríaca. La concepción política de Kelsen sería entonces liberal en lo teórico y cercana a la socialdemocracia desde un punto de vista histórico.

Sin embargo, luego de nuestro análisis, la correspondencia de la teoría política de Kelsen con un liberalismo *stricto sensu* nos resulta problemática. Ciertamente, se puede descubrir una tonalidad liberal en ciertas ideas del jurista austríaco, como su racionalismo, su relativismo ético o su individualismo. Pero estos temas, próximos de la tradición liberal, no sirven para definir rigurosamente al liberalismo, y sobre todo, Kelsen no los utilizará para oponerse al socialismo, sino a los regímenes autocráticos.

En realidad, los tonos más liberales de su teoría política resaltan con mayor nitidez en coyunturas históricas bien precisas: la crisis de la República de Weimar, donde la distinción entre «liberalismo» y «democracia» de sus críticos no es siempre clara, y en su contacto con la cultura norteamericana. En cambio, no aparece en los años 20, donde Kelsen subraya la inspiración democrática de muchas medidas de los bolcheviques en Rusia, e incluso en su polémica con Schmitt la crítica de los presupuestos del liberalismo permanece sólida[11]. Y cuando en los años 50 señala que la democracia no puede separarse del liberalismo, agrega enseguida la distinción entre liberalismo político y capitalismo. Se puede pensar que en realidad el liberalismo de Kelsen es de tipo cultural, heredero de la tradición democrática del liberalismo, que el jurista austríaco pone en estrecho contacto con el pensamiento de J.J. Rousseau (a quien considera el más importante teórico de la democracia) y la Revolución francesa. Nos parece por lo tanto que los componentes liberales de la teoría kelseniana no deben ser absolutizados, y que, en particular, no son suficientes para caracterizar a su teoría política de liberal en sentido estricto, menos aún si ese liberalismo es sinónimo de teoría negativa del Estado o de apolitismo.

De hecho, muchas de las características de la teoría política kelseniana que se consideran habitualmente como definitorias de su carácter liberal eran compartidas de manera general por sectores importantes de la socialdemocracia germana de aquellos años[12]. Kelsen podía afirmar entonces que el socialismo y la libertad no eran incompatibles, como así también pensar en la

[11] Cf. Herrera [1994].

[12] G. Radbruch, un socialdemócrata no marxista podía así escribir que «en el socialismo sobrevive lo mejor del liberalismo: el socialismo supone en verdad organización económica pero también libertad de espíritu, y hablamos desde el alma cuando nos unimos bajo el grito de lucha ¡Libertad!» [cit. in Herrera, 1997b].

emergencia de un régimen que realizase la autodeterminación política y la libertad intelectual al mismo tiempo que una economía planificada. En ese sentido, el jurista austríaco sostenía, aún en los años 50, que el experimento soviético no probaba nada en contra de un modelo socialista democrático.

Por cierto, Schmitt hablaba de la «social-liberal-democracia» y del *«Sozial-liberalismus»* de la II Internacional. Pero esto sólo denota la amplitud que el jurista alemán daba a este concepto. Una amplitud que oculta, sin embargo, un componente primordial de la concepción liberal: la propiedad privada de los medios de producción; es por ello que, como lo señalaran en su momento K. Korsch y sobre todo H. Marcuse, no se encuentra una crítica de los fundamentos económicos y sociales del capitalismo en sus «virulentos» ataques al liberalismo.

Por el contrario, en su *Verfassungslehre,* Schmitt considera que la propiedad privada es un verdadero derecho fundamental, que preexiste a la ley. Así interpretada, no sería lícito delimitar legalmente el contenido de la propiedad privada en su discrecionalidad de dominio [1928b, p. 176-177]. Y en sus sucesivas reelaboraciones teórico-constitucionales de aquellos años sobre los derechos fundamentales, encontramos siempre la salvaguarda del derecho de propiedad contra los ataques del legislador, y en particular, la expropiación[13].

Pero para comprender la relación de Schmitt con el liberalismo es particularmente interesante un texto de 1932, «Starker Staat und gesunde Wirtschaft», donde afirmando la idea de un «Estado fuerte» defiende también una liberalización de la economía. En dicho texto, Schmitt distingue dos aserciones del concepto de Estado total. El Estado puede ser total desde un punto de vista cualitativo, un Estado fuerte desde el punto de vista de la intensidad y de la energía política, pero el Estado puede ser total también en un sentido puramente cuantitativo, del mero volumen ocupado. Sin dejar de criticar las concepciones del liberalismo decimonónico, el jurista alemán sostiene que sólo un Estado fuerte puede garantizar la esfera de la libre economía (basada en la iniciativa y la propiedad privada) [1933 p. 84 sq., p. 90][14]. H. Heller podía ver en este ensayo, originalmente una conferencia ante una sociedad de grandes industriales alemanes, los signos de un liberalismo autoritario, cuyo contenido resumía en «retiro del Estado "autoritario" de la política social, desnacionalización de la economía y estatización (Verstaatlichung) dictatorial de las funciones político-intelectuales» [1932, p. 652-653].

[13] Sobre este tema, ver O. Beaud [1997, en particular, p. 94-95].

[14] En dicha conferencia, Schmitt desarrolla también un concepto de «autoadministración económica».

Para Hayek era también posible que un gobierno democrático fuese totalitario y que un gobierno totalitario se dejase guiar por principios liberales [1958, p. 101; 1966, p. 161]. En verdad, ya el propio Kelsen había llamado la atención sobre el hecho de que la oposición entre teoría liberal y conservadora se iba borrando en la medida en que la burguesía se convertía en la clase dominante y entraba en contradicción con el proletariado; en particular, sostenía que el fascismo representaba una dictadura de la burguesía, cuya base era la supresión del socialismo y de las exigencias del proletariado.

Según Ludwig Mises, la propiedad privada de los medios de producción es el elemento esencial del liberalismo, a tal punto que «todos los demás postulados del liberalismo son la consecuencia de este postulado fundamental» [1927, p. 37][15]. No tendría nada de paradójico, entonces, concluir que el «antiliberal» Schmitt está más cerca de lo esencial del liberalismo que el «liberal» Kelsen.

Referencias bibliográficas

Beaud, Oliver [1997]: *Les derniers jours de Weimar,* Paris, 1997.
Duguit, Léon [1928]: *Traité de droit constitutionnel,* 3 ed., T. I, Paris.
Hayek, Friedrich [1958]: *The Constitution of Liberty,* trad. franc., Paris. 1994.
- [1966]: «The Principles of a Liberal Social Order», en *Studies in Philosophy, Politics and Economics,* Londres, 1967.
- [1976]: *Law, Legislation and Liberty,* T. 2: The Mirage of Social Justice, Londres, 1993 (reprint.)
Hermann Heller [1932]: «Autoritärer Liberalismus?» en *Gesammelte Schriften,* T. 2, Leiden, 1971.
Herrera, Carlos Miguel [1994]: «La polémica Schmitt-Kelsen sobre el guardián de la Constitución», *Revista de Estudios Políticos,* nº 86.
- [1997a]: «Duguit et Kelsen: la théorie juridique, de l'épistémologie au politique», in O. Beaud - P. Wachsmann (eds.) *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918,* Estrasburgo.
- [1997b]: «Kelsen y el socialismo reformista», *Revista de Estudios Políticos,* nº 96.
Kelsen, Hans [1913]: «Politische Erziehung und Weltanschauung» in *Die Wiener rechtstheoretische Schule,* Viena, 1968.
- [1924]: Marx oder Lassalle, en *Demokratie und Sozialismus,* Viena, 1967.
- [1925]: *Allgemeine Staatslehre,* Berlin [trad. esp., México, 1973 (reprint)].
- [1929]: *Vom Wesen und Wert der Demokratie,* 2 ed., Aalen 1981 (reprint) [trad. esp., Barcelona, 1977 (reprint)].
- [1931a]: Allgemeine Rechtslehre im Lichte der materiali sti scher Geschichtsauffassung, en *Demokratie und Sozialismus,* Viena, 1967.
- [1931b]: Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, *Die Justiz,* 6 (Separata).

[15] Como lo recuerda Marcuse [1934], Mises escribía en 1926 que el fascismo había salvado la cultura occidental del bolchevismo.

- [1945]: *General Theory of Law and State,* Cambridge (Mass.), 1949.
- [1948]: *The Political Theory of Bolshevism. A Critical Analysis,* Berkeley y Los Angeles.
- [1953]: What is Justice?, en *What is Justice? Justice, Law, and Politics in the Mirror of Science,* Berkeley y Los Angeles, 1971.
- [1955a]: «Foundations of Democracy», *Ethics,* 66.
- [1955b]: *The Communist Theory of Law,* Londres.
- [1960]: *Reine Rechislehre,* 2 ed., Vienne, 1992 (reprint) [trad. esp., México, 1981]

Marcuse, Herbert [1934]: La lucha contra el liberalismo en la concepción totalitaria del Estado, trad. esp., en *Cultura y Sociedad,* Buenos Aires, 1967.

Mises, Ludwig von [1927]: *Liberalismus,* trad. esp., Barcelona 1994.

Schmitt, Carl [1922]: *Politische Theologie,* Münich y Leipzig.
- [1926]: *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus,* 2 ed., Munich y Leipzig.
[1928a]: Der bürgerliche Rechtsstaat, ahora en *Staat, Großraum, Nomos,* Berlin, 1995.
- [1928b]: *Teoría de la Constitución,* trad. esp., Madrid, 1982.
- [1932]: *Der Begriff des Politischen,* 2 ed., Berlin, 1991.
- [1933]: «Starker Staat und gesunde Wirtschaft. Ein Vortrag vor Wirtschaftsführern», *Volk und Reich,* 9 Jahrgang.

SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD

Carla Huerta Ochoa
Universidad Nacional Autónoma de México (México)

El tema elegido parece no tener relación alguna con la problemática de los sistemas normativos o relación con la lógica deóntica, pero esto no es así. Por el contrario, pienso demostrar a continuación que el problema de la constitucionalidad de las normas no se puede comprender sino es desde una concepción del Derecho como sistema jurídico, y dado que este concepto es el que permite la interrelación de las normas, éstas pueden y deben ser analizadas mediante la lógica deóntica para resolver los problemas de contradicción normativa.

El análisis sobre la naturaleza jurídica de la inconstitucionalidad me permitirá sostener la hipótesis de que existen diversos tipos de conflictos de normas, y que no siempre existe una contradicción entre las mismas, por lo cual será necesario revisar conceptos tales como sistema jurídico, norma, contradicción y validez, para poder establecer un concepto de conflicto normativo generalmente aceptado.

Cuestionarse la posibilidad de contradicción entre normas es día con día de mayor relevancia, principalmente por la internacionalización del Derecho. La consecuencia ha sido el incremento de la complejidad de los ordenamientos jurídicos, principalmente debido al hecho que no todos los órganos creadores de normas están regulados por la Constitución, como es el caso del derecho de la Unión Europea, por ejemplo.

El problema de la pluralidad de fuentes, aunado a la sobrerregulación que se ha dado en los últimos tiempos con el objeto de prever todas las situaciones posibles, ha generado una incertidumbre no solamente en cuanto al volumen del universo normativo que rige en un determinado país, sino también problemas de incompatibilidad entre las normas de un mismo sistema jurídico. Estos problemas son lo que aquí denomino conflicto normativo.

El presente cuestionamiento parte de la premisa de que una contravención del derecho secundario respecto de la Constitución no es algo deseable ya que ésta se configura como la norma suprema del ordenamiento jurídico. Desde el punto de vista formal es importante que las normas del derecho secundario sean acordes con la Constitución, es por ello que éstas deben cumplir con las condiciones establecidas para su elaboración, en el caso contrario son inconstitucionales y deben ser declaradas inválidas. Desde el punto de vista material la compatibilidad de dichas normas es obligatoria debido a la supremacía de la Constitución. La consecuencia de su inadecuación debería ser la nulidad de la ley.

La constitucionalidad de las leyes fomenta la seguridad jurídica y fortalece la eficacia del ordenamiento jurídico. Por dichas razones los tribunales deben velar por la correcta aplicación de las normas jurídicas, esto se logra mediante controles dentro y fuera del Poder Judicial, pero especialmente mediante el control de la constitucionalidad.

Lo que pretendemos hacer ver es que no es la norma secundaria la que viola la Constitución en los casos en que se trata de un conflicto de orden formal, la norma no es quien ha violado el procedimiento, ha sido el legislador que ha desatendido un precepto constitucional en la elaboración de la ley ordinaria. Si la norma es declarada inconstitucional por el órgano competente esto se debe más bien al hecho de que en la elaboración de la misma el procedimiento no fue cumplido y éste es inconstitucional, no la norma, es por ello que al declarar la inconstitucionalidad del procedimiento, el producto de la misma, la norma en cuestión, debe ser eliminada y el procedimiento debe reponerse desde donde se cometió la violación o bien reiniciarse. De tal forma que por costumbre es la norma anulada la que se tiende a llamar inconstitucional, siendo que más bien la norma es anulada como efecto de la inconstitucionalidad del procedimiento de su elaboración, el vicio se encuentra en el procedimiento de elaboración y afecta la aplicabilidad de la norma. De cualquier forma nos encontramos ante un tipo especial de conflicto normativo.

El caso de la inconstitucionalidad material es completamente diferente, es por ello que me gustaría antes de revisar este caso y determinar si existe una contradicción o no entre la norma suprema y la ley ordinaria, establecer qué tipos de conflictos normativos son posibles.

El concepto de norma

Quizá sería conveniente comenzar por definir el objeto que pretendemos analizar, y si queremos hablar de conflictos normativos debemos primero saber qué son las normas.

Las normas son los elementos que conforman al sistema jurídico, se caracterizan por el hecho de que establecen determinadas conductas como obligatorias, prohibidas o permitidas, es decir, por su carácter deóntico; su contenido es variable, son las conductas a que se refieren, puede ser un dar, un hacer o un no hacer. Las normas jurídicas se distinguen de otro tipo de normas por su obligatoriedad, ya que ésta está vinculada a un aparato institucionalizado que ejerce un control y puede obligar al cumplimiento de la norma aun en contra de la voluntad del sujeto obligado.

Por lo tanto es importante concebir al Derecho como un sistema jurídico, ya que esto permite que sus elementos componentes se interrelacionen para formar una unidad; por lo mismo, las normas jurídicas no pueden comprenderse aisladamente, sino solamente en relación con las demás normas. De dicha concepción se derivan ciertas propiedades formales del sistema, tales como: la completitud, la coherencia, la consistencia y la independencia.

La completitud es más bien una pretensión de que todos los casos posibles estén previstos en el ordenamiento jurídico y para cada uno de ellos exista una solución. La realidad jurídica no es ésta, las lagunas existen y se configuran como un grave problema que debe enfrentar el juez, pero en este ámbito no podemos realmente hablar de conflictos normativos, salvo cuando la labor interpretativa o integradora del juez produjera una norma que pudiera contravenir otra.

La coherencia del sistema es probablemente la propiedad más importante para el presente análisis, dado que debe permitir la relación de las normas de manera lógica y congruente; se puede decir que el sistema carece de ella cuando se prevén soluciones diversas e incompatibles para uno o varios casos. La coherencia, por lo mismo, se convierte en una propiedad en el plano de la razonabilidad, que implica la congruencia material de las normas del sistema.

Sería conveniente distinguir la coherencia de la consistencia, trabajo nada fácil ya que constantemente se utilizan como sinónimos. La coherencia es una propiedad formal en sentido positivo; por el contrario la consistencia se define como una propiedad negativa, como la ausencia de contradicciones, cuya presencia de cierta forma no nos permite negar que representa una incoherencia en el sistema; sin embargo, estamos ante dos características diferentes y los problemas que se deriven de ellos deben enfrentarse de distinta manera.

La dificultad inicial de distinguir coherencia y consistencia radica en la estrecha relación que existe entre ambos conceptos, pues como mencionábamos, un sistema que contiene normas contradictorias puede ser calificado como incoherente, dado que no es razonable que un sistema jurídico prevea conductas o consecuencias incompatibles para un mismo caso. Por otra

parte, que un sistema sea incoherente no quiere decir que entre sus normas existan contradicciones, sino simplemente que los principios que la informan no son congruentes; como, por ejemplo, establecer como religión oficial la católica y permitir la poligamia no sería razonable, o que la Constitución establecezca el principio democrático y, sin embargo, no prevea procedimientos para convocar a elecciones.

Parece difícil aceptar la posibilidad de conflictos normativos, ya que una situación tal hace parecer al sistema como incoherente y desvirtúa su unidad, sin embargo, no por ello debemos acusar de irrracional al legislador, sino que quizá deberíamos contemplarlo como una posible inconsistencia del sistema y dichas inconsistencias pueden ser resueltas.

El concepto de conflicto normativo

«Conflicto normativo» es un concepto de naturaleza vaga, por lo que mediante la descripción de los elementos básicos del mismo, pretendemos circunscribirlo para efectos del presente trabajo.

La cuestión se plantea a partir de la duda sobre si existe la posibilidad de que en un ordenamiento jurídico sean simultáneamente aplicables a un mismo caso dos normas y que entre éstas exista una contradicción entre sus contenidos, en virtud de lo cual solamente una de ellas puede ser aplicada. ¿Cómo debe actuar el órgano competente, ya que no solamente debe elegir sólo una norma, sino que al hacerlo lo más probable es que se incurra en una violación de la otra norma?

El primer reto a enfrentar es encontrar un concepto de conflicto normativo que nos permita responder a diversos interrogantes, por lo cual debemos comenzar por reflexionar si realmente existe una diferencia entre los conceptos de conflicto normativo, colisión entre normas, contradicciones, violación, infracción, etc., los cuales la doctrina tiende a utilizar como sinónimos. ¿Realmente existen diversos tipos de conflictos entre las normas? Mi respuesta es que sí, y no solamente es relevante sino que mi tesis va más allá, dado que asumo que a cada tipo de conflicto corresponde una forma de resolución distinta. Más aún, considero que algunos de estos conceptos no son aplicables a normas, como es el caso de contradicción en el sentido lógico, dado que no son las normas las que se contradicen, sino los enunciados que las expresan.

El problema de la contradicción puede ser resuelto mediante la confrontación de los enunciados en cuestión con la realidad y así comprobar cuál es verdadero y cuál no. Con ayuda de la Lógica podrá también comprobarse que uno de los enunciados (el verdadero) hace al otro (al falso) imposible. Los conceptos en cambio sí pueden contradecirse, lo cual implica que se excluyen mutuamente, pero no que uno haga imposible al otro.

Las normas en cambio pueden ser válidas o inválidas y dos normas en colisión pueden ser simultáneamente válidas, mientras que los enunciados que se contradicen no pueden ser ambos verdaderos.

Respecto de los conceptos de «Colisión» y de «Conflicto» es un tanto diferente, porque ambos son aplicables a las normas y frecuentemente se utilizan como sinónimos. El punto de partida es que en un ordenamiento jurídico se pueden presentar diversos tipos de conflictos.

Un conflicto normativo (*sensu largo*) se presenta cuando dos o más normas son formal o materialmente incompatibles (este sería el género), en este tipo de conflictos puede o no presentarse una contradicción (normativa), sin embargo, existen casos en que el conflicto deriva de un problema formal y la norma «imperfecta» puede ser o es declarada nula, a estos casos es a los que llamaré «infracción».

En el caso de una contradicción normativa estamos ante un verdadero conflicto normativo, porque se configura como una contradicción material; esto se presenta cuando dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus «contenidos normativos» son incompatibles, es decir, que las normas en conflicto no pueden ser cumplidas al mismo tiempo, el cumplimiento de una produce necesariamente la desobediencia de la otra. En dicho caso debe decidir el juez cuál es la norma válida para el caso, y por lo mismo, la aplicable.

Al hablar de «contradicción normativa», esto significa que dos normas válidas, potencialmente aplicables, tienen contenidos incompatibles, como, por ejemplo, cuando una norma establece que algo está prohibido y otra obliga a la realización de la misma conducta. Es evidente que solamente una puede ser cumplida y de la otra se derivará una sanción coactiva; esta situación se convierte en un dilema para el sujeto normativo y, por otra parte, configura un problema de eficacia para el sistema. Se puede decir que entre estas normas se genera un «conflicto obligacional» o un «conflicto de sanciones». En estos casos nos encontramos ante conflictos entre los operadores deónticos de las normas correspondientes o sus consecuencias jurídicas. Es, por ello, que nos encontramos ante una contradicción en el Derecho Positivo, a pesar de que aún no existe un acuerdo sobre la posibilidad de que existan las contradicciones normativas.

Las contradicciones normativas pueden presentarse de dos formas: una es como «Conflictos normativos» (*sensu strictu*) o como «Colisiones entre normas» (*Normkollisionen*[1]), las cuales se distinguen en función de la estructura de las normas en conflicto.

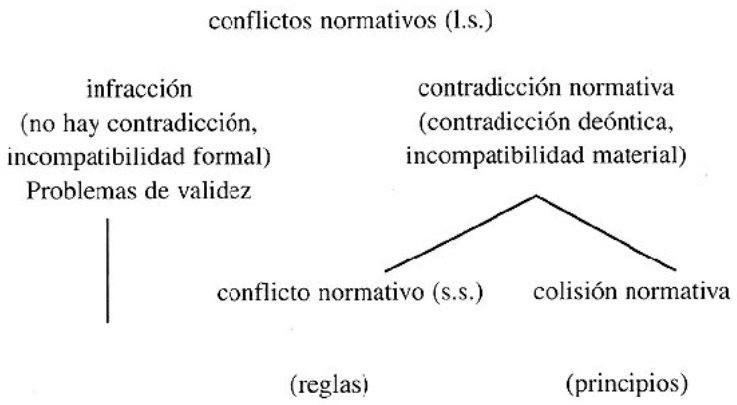
[1] Aquí estamos utilizando la clasificación y terminología elaborada por Alexy en «Theorie der Grundrechte», 2ª edición, 1994, p. 71 ss.

Los conflictos normativos (s.s.) surgen del enfrentamiento entre dos reglas. Las formas de solucionar este conflicto es o bien que una de las dos reglas prevea una cláusula de excepción (en cuyo caso no podemos decir que el conflicto exista si la cláusula de excepción es prevista de antemano por el Legislador, sino solamente cuando debe ser introducida por el juez mediante sus facultades de interpretación o integración), o que una de las dos reglas sea declarada inválida.

En los casos de una colisión normativa no se trata de un problema de validez formal, sino más bien del choque entre dos principios, que pueden poseer un peso específico diferente y cuyos contenidos son incompatibles. La solución se encuentra en la ponderación de ambos principios; la prelación de los mismos se determina en la ponderación ya que el peso o fuerza de los mismos varía dependiendo de los principios mismos en colisión en un caso determinado.

Los conflictos, por otra parte, pueden también darse entre normas del mismo o de distintos rangos, por lo que el conflicto puede depender de la posición de la norma, así como la solución del mismo. En la tipología que acabamos de exponer brevemente no se ha considerado esta distinción, sino que para la elaboración del siguiente esquema nos referimos solamente a conflictos entre normas del mismo rango.

De manera esquemática:



Esta clasificación y su correspondiente conceptualización es posible porque pueden existir dos tipos de problemas diversos entre las normas, como anteriormente mencionábamos. Los problemas formales se dan cuando en la elaboración de una norma se comete un error en el procedimiento, su solución no es problemática dado que la conformidad de la norma al ordenamiento jurídico puede ser comprobado por el órgano competente y la norma defectuosa puede ser declarada nula o inaplicable. Por eso es que pode-

mos afirmar que los casos de conflictos formales entre una norma y la norma jerárquicamente subordinada a ella no constituyen una contradicción, sino un defecto procedimental. De cualquier forma nos encontramos ante una infracción, ya que las condiciones de su elaboración no fueron debidamente cumplidas. Esto no nos lleva a una «contradicción formal», pero sí a la invalidez de una norma. La invalidez se deriva del incumplimiento de las normas procedimentales. Por lo tanto, hablar de un «conflicto» entre estas normas es metafórico, ya que el sujeto de la infracción es el órgano productor de la norma, y no la norma misma.

Un problema mayor es aquel que enfrentamos cuando nos encontramos ante una incompatibilidad material entre dos normas aplicables, ya que se pueden presentar diversos tipos de incompatibilidades entre los contenidos de dichas normas. Se podrá expresar de la siguiente manera: La situación en la cual dos o más normas son aplicables, cuyos contenidos están vinculados a un operador deóntico que es «incompatible» con el operador deóntico de la otra norma, es una contradicción normativa. Podrámos quizá hablar de una «contradicción deóntica», ya que se configura una contradicción entre diferentes formas del «deber». Sin embargo, lo anterior no significa que algo así como un «deber contradictorio» sea posible. La contradicción lógica no se establece entre los operadores deónticos, sino entre las conductas que éstas ordenan. Que la conducta debida, prohibida o permitida por ambas normas no pueda realizarse simultáneamente, implica el incumplimiento de al menos una de las normas. Por lo mismo no pueden ser aplicadas al mismo tiempo, y el cumplimiento de una de ellas puede significar la infracción de la otra.

La tesis que sostengo es que una colisión normativa solamente se produce cuando se aplican normas, normas válidas, y esta idea sólo es posible en relación a intereses individuales en un caso específico, es decir, no existen en abstracto. Se trata de un problema práctico, que solamente puede presentarse en el mundo fáctico cuando se deben aplicar las normas, no en el plano teórico. Cuando el legislador no actúa racionalmente y de manera descuidada establece una norma incompatible con otra, éstas colisionan solamente en el momento de su aplicación.

Si las normas colidieran en el plano normativo, debería ser posible eliminarlas automáticamente del ordenamiento jurídico, si la nulidad «ipso iure» fuese posible, y quizá ésta sería una tarea más propia del legislador que del juez y se llevaría a cabo como un control previo de la constitucionalidad de una norma, pero en ese momento estaríamos hablando de un proyecto de norma, de modo que el conflicto no sería real sino solamente posible. Un control de las normas, ya sea por el juez o el legislador, cuya vocación fuese eliminar aquellas disposiciones que se encuentren en una situación de conflicto

en el plano normativo, se configuraría como un sistema de depuración del ordenamiento jurídico con el objeto de mantener la coherencia del mismo.

El problema de la inconstitucionalidad

Debemos distinguir entre los problemas de constitucionalidad material y formal, ya que en este segundo caso no existe una contradicción normativa, sino simplemente el incumplimiento de la norma por la autoridad (competente o no) de las normas procedimentales y por lo tanto estamos más bien ante un problema de validez que de constitucionalidad; la norma en caso de un vicio en el procedimiento de elaboración deberá ser declarada nula conforme al procedimiento establecido. En el esquema presentado se encontraría en la clasificación de «infracción» cuyas soluciones se presentan dependiendo del sistema correspondiente mediante la nulidad o la inaplicación de una de las normas secundarias en cuyo procedimiento de elaboración se cometió la correspondiente infracción a la norma superior.

Los problemas de inconstitucionalidad material solamente se pueden presentar en la forma de contradicción normativa señalada en el esquema como conflicto normativo en sentido estricto, puesto que se trata de la contradicción entre dos reglas y la solución se presenta estableciendo una cláusula de excepción a la norma constitucional, facultad que solamente posee el órgano competente para interpretar e integrar, en su caso, la Constitución; o bien, derogando la norma secundaria que se ha declarado inconstitucional, ya que en este caso el principio de jerarquía normativa opera en favor de la Constitución.

En el caso de contradicción entre principios la situación no puede ser llamada inconstitucionalidad, ya que la colisión normativa no puede darse sino entre normas del mismo rango, por lo tanto no se puede configurar como un enfrentamiento entre la ley y la Constitución, ya que en dicho caso en virtud del principio de jerarquía normativa operaría de inmediato la derogación de la ley que contuviera los principios violatorios de la norma suprema. Por otra parte, en el caso de una colisión entre principios de la Constitución, no podemos hablar de inconstitucionalidad, ya que al estar dichos principios previstos en la misma son constitucionales. Lo que sucede es que en un caso específico y por circunstancias determinadas no es posible aplicar ambos de manera simultánea. La contradicción entre ambos principios se resuelve con la ponderación de los mismos, lo cual significa que para el caso en cuestión, uno va a ceder frente al otro dependiendo de la fuerza que el juez atribuya a cada uno, sin embargo ambos siguen siendo igual de válidos y vigentes que antes, lo que varía es la eficacia específica.

Así es que podemos afirmar que no toda inconstitucionalidad plantea una contradicción, aunque sí un conflicto normativo conforme a la defini-

ción anteriormente propuesta, dado que depende de la naturaleza de la misma para poder determinar si existe o no una contradicción y la forma de determinarla será mediante la lógica deóntica.

Sobre la naturaleza de la contradicción

Entender el ordenamiento jurídico como un sistema de enunciados permite hacer afirmaciones sobre la validez de las normas. Sin embargo, la invalidez de una de sus normas no se deriva lógicamente de la validez de la otra en un conflicto, como la falsedad de un enunciado se deriva de la verdad del enunciado con el que se encuentra en contradicción.

Los enunciados normativos son la expresión lingüística de las normas, y las normas son el significado de éstos. Dichos enunciados expresan un deber ser (ya sea una obligación, una prohibición o un permiso), por lo tanto, no son verificables y no pueden ser contrastados con la realidad, por ello es que no podemos predicar su verdad, no son ni verdaderos, ni falsos.

Para Alexy[2] el concepto semántico de norma es el adecuado para responder a la pregunta acerca de si dos normas son lógicamente compatibles, ya que la norma es el significado del enunciado normativo. Por otra parte, este concepto permite deslindar los conceptos de validez y de norma. Si el concepto de validez se incorporara a la norma, entonces no podríamos afirmar que una norma no es válida.

El hecho de que la existencia de normas que se contradicen sea o no una contradicción lógica es cuestionable; sin embargo, no podemos dudar de que se trata de un conflicto. La contradicción no se encuentra en el hecho de que dos normas se contradigan, sino en el hecho de que sus contenidos son contradictorios y no son realizables al mismo tiempo; por lo mismo las normas no se pueden aplicar simultáneamente[3].

Si la contradicción lógica solamente puede verificarse entre enunciados de los cuales se puede predicar la verdad, solamente podría darse entre enunciados normativos, es decir, entre enunciados de validez (Geltungssätze). Si describimos la situación de la siguiente manera: $GOp \wedge \neg GOp$, significaría que la misma obligación es válida y no es válida al mismo tiempo, lo cual es lógicamente imposible. De modo que la contradicción lógica se puede entender de distintas maneras: 1. como la contradicción entre contenidos normativos, como en von Wright o Weinberger, o 2. como la contradicción entre dos enunciados sobre validez, como en Sieckmann.

---

[2] Alexy, Op. cit., p. 49.

[3] Para Weinberger la inconsistencia de enunciados normativos significa que por razones lógicas éstos no pueden ser cumplidos al mismo tiempo. «Rechtslogik», 1989, p. 65.

Dado que no podemos hablar de la verdad de una norma, porque las normas no son entidades ontológicas, sino deónticas, nos referimos a su validez. Sin embargo, el hecho de que las normas carezcan de un valor de verdad, no es impedimento alguno para calificar a los conflictos normativos como contradicciones lógicas entre sus contenidos o entre dos enunciados de validez o para determinarlos y analizarlos mediante la lógica deóntica.

Las reglas de la lógica, sin embargo, no son aplicables a la solución de los conflictos normativos, sino simplemente para identificarlos; la solución depende principalmente del tipo de conflicto de que se trate.

Si el conflicto normativo significa la imposibilidad de cumplir simultáneamente dos normas en conflicto, nos encontramos ante un problema de índole práctica, ya que ambas normas son válidas. Si la contradicción normativa se contempla como una contradicción lógica entre dos enunciados de validez o entre contenidos normativos, entonces debe ser resuelta, ya que ambas normas no pueden ser aplicadas al mismo tiempo y el órgano aplicador debe elegir una de ellas y justificar su decisión.

La cuestión queda aún abierta. Si un conflicto normativo no implica necesariamente una contradicción, ¿entonces qué es? ¿Podría configurarse como una «contradicción práctica», dado que las normas no pueden ser cumplidas simultáneamente? O quizá podemos llamarlo una «contradicción deóntica», pero de ser así, ¿qué consecuencias se derivarían de ello? No cabe duda de que existen diversos tipos de conflictos normativos y diversas formas de contradicciones, es por ello que no existe acuerdo sobre su denominación. Pero de cualquier forma cada tipo de conflicto debe ser identicable y tratado de una manera distinta.

DOS MODELOS DE ADJUDICACIÓN

Pablo López Ruf
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

I. Introducción

Me propongo analizar si en determinados casos que los jueces resuelven o deben resolver, casos que pueden calificarse como duros o difíciles, es posible afirmar que la función judicial asume rasgos propios de la función legislativa; los desarrollos del profesor Hart se orientan en este sentido.

Otros autores, como Dworkin, opinan que una respuesta semejante debilita los criterios diferenciadores entre las dos funciones del Estado, que tienden a identificarse produciéndose una subordinación de la judicial a la legislativa.

Pretendo analizar ambos modelos de adjudicación, y mi plan expositivo reconoce tres fases:

1. En la primera analizaré «el modelo refutado» por Dworkin de función judicial, que no es otro que el descrito por Hart; intentaré resumir sus principales tesis y las inconsistencias que le atribuye, de modo que se visualicen los problemas que el modelo alternativo debe superar.

2. En la segunda analizaré el modelo alternativo (al que Dworkin denomina «modelo de los derechos»), la relevante distinción que formula entre argumentos de principios y argumentos políticos, y el rol que la misma juega en los casos duros o difíciles convirtiéndose en la clave para superar las inconsistencias del modelo refutado.

3. En la tercera parte, sin ser exhaustivo, insinuaré algunas críticas que propongo al modelo alternativo o modelo de los derechos.

II. El modelo refutado

Es la versión de Hart, que puede ser reducida a las siguientes tesis:

i. El modelo subordina la función judicial a la legislativa. Concibe al derecho de una comunidad como un sistema de reglas, las cuales son identificadas a través de criterios compartidos que permiten diferenciar las reglas jurídicas de otros conjuntos de reglas que rigen el comportamiento.

Es en base al sistema de reglas jurídicas que los jueces deben resolver las controversias que les sean sometidas.

ii. El modelo admite la existencia de casos en la penumbra. Los sistemas de reglas jurídicas presentan características similares a los lenguajes; por la ambigüedad, vaguedad o textura abierta de sus palabras, hay casos en los que no media certeza respecto a si están o no regulados por las reglas. Hart los denominaba casos de la penumbra, entendiendo por tales aquellos que se suscitan por problemas de vaguedad o textura abierta del lenguaje normativo. Casos en la penumbra se verifican en consecuencia en todas las reglas del sistema.

Entendemos que una noción diferente y con la que no debe confundirse la noción de caso en la penumbra la constituye la noción de caso difícil que desarrollan varios autores.

Así Neil MacCormick ha caracterizado a los casos duros o difíciles incluyendo en la noción *i.* Problemas de hecho, tales como los que ofrece su prueba (identificación de los hechos relevantes del caso), o de calificación para que se los incluya en un instituto jurídico u otro, y *ii.* Problemas de derecho, entre los que incluye los de interpretación, normas susceptibles de interpretarse en más de un sentido, o problemas de relevancia cuando no se sabe si existe una norma aplicable al caso [Neil MacCormick «Legal Reasoning and Legal Theory», Clarendon Law Series, Oxford University Press, 1978, págs. 195 y sigts.].

Dworkin y Aulis Aarnio [«Lo racional como razonable», Centro de Estudios Políticos, Madrid, consideran que se está ante un caso duro o difícil cuando se verifica alguna de estas dos condiciones: *i.* Insuficiencia de norma, no hay una norma que de la solución del caso y *ii.* Problemas de interpretación de normas, consistentes en la concurrencia de varias reglas para la solución del mismo caso.

Con similar alcance Raz las denomina «disputas reguladas» y «disputas no reguladas» [«Derecho y Valor en la decisión judicial», en *La Autoridad del Derecho,* Cap. X, págs. 228 y siguientes].

En mi opinión la noción de caso en la penumbra no es equivalente o idéntica a la de caso difícil o disputa no regulada, ya que el primero es una propiedad común a todos los lenguajes y se presenta de ordinario, al segundo se les otorga un carácter de excepcionalidad.

Entendiendo la excepcionalidad en base a un criterio empírico, el grado cuantitativamente limitado o reducido de estas cuestiones, el problema consiste en indicar cómo los jueces resuelven estos casos en la penumbra (visión descriptiva), o sea, cómo de hecho resuelven los casos de la penumbra.

iii. El modelo admite la discrecionalidad judicial: Hart deja librada esta elección a la discrecionalidad del juez opinando que, en ejercicio de la

misma, puede, para resolver el caso de la penumbra, acudir a objetivos sociales o metas de la comunidad o criterios de la conveniencia e incluso a principios morales.

Dworkin analiza el significado que debe otorgársele a la noción de discrecionalidad adecuada en un tipo de contexto general, que alude a que alguien debe tomar decisiones que están sujetas a normas preestablecidas.

Distingue tres sentidos del concepto, dos de ellos débiles y uno fuerte, lo que significa que la norma o el standard que obliga a un funcionario a determinada conducta no especifica o tipifica la conducta a observar permitiendo que sea el destinatario quien la determine en el caso.

Entendida la discrecionalidad en este sentido, no implica o equivale a libertad sin límites, toda vez que siempre hay estándares que enmarcan, que circunscriben las decisiones, tales como la equidad, buena fe, razonabilidad, eficacia, desviación de poder.

Se entiende el significado que se le asigna a la expresión «el juez debe decidir discrecionalmente»; significa que no hay norma que le paute el sentido de la conducta a observar por el juez, el cual está facultado para determinarlo observando los límites muy generales que hemos determinado.

Es decir que, en definitiva, este modelo de la función judicial en los casos difíciles convierte al juez en legislador para el caso, toda vez que remite a su discrecionalidad la selección de la premisa normativa que le dé solución Dworkin, Ronald, «Los Derechos en serio», Ariel, Barcelona 1984.

El modelo descrito es tributario de varias críticas que intentan refutarlo; las sistematizamos a continuación:

i. La crítica constitucional: Una de las primeras críticas que afectan al modelo radica en que se evidencian incompatibilidades entre sus postulados y los ideales constitucionales, más específicamente el del instituto de la separación de poderes o de funciones.

Esta teoría pretende establecer una radical diferencia entre las competencias del ejecutivo, del legislativo y del judicial, preservando la autonomía de cada uno de ellos, y adviértase que este ideal no lo realiza el modelo hartiano presentado por Dworkin.

Por lo pronto al convertir al juez en un legislador para el caso le está otorgando una competencia que desdibuja los límites claros y precisos de la teoría y el ideal constitucional de la separación de poderes, toda vez que convierte al juez en legislador para el caso.

La función judicial extralimita sus competencias, y ello genera una incompatibilidad manifiesta entre los cometidos de la función judicial y las exigencias de las normas constitucionales.

De modo que si la separación de poderes se planteó como un diseño institucional que evita las arbitrariedades y posibilita crear las garantías de

controles y ajustes recíprocos entre los poderes, para que los derechos o libertades no resulten vulnerados, en la teoría en análisis se postula no sólo que la función judicial tiene sus propios objetivos específicos, sino que en casos también asume funciones legislativas.

ii. La crítica democrática: Ésta es la segunda crítica a que se expone el modelo. El argumento destaca que en toda sociedad democrática es al poder legislativo, caracterizado por ser un poder elegido democráticamente por el pueblo, o sea por la aplicación de la regla de la mayoría, a quien compete la función de establecer las normas que regulan los comportamientos sociales, crear derechos y obligaciones, prescribir qué conductas serán prohibidas, cuáles permitidas.

Si se admite, como en la descripción hartiana, que los jueces en ocasiones, en los casos duros o difíciles, también crean derechos, se está afirmando que a funcionarios que no han sido electos se les está delegando la representación de los intereses mayoritarios.

iii. La crítica jurídica: El modelo de adjudicación descrito se expone también a una crítica decisiva. Si en el caso difícil el juez no dispone de normas que den solución de modo directo al caso y debe establecer la premisa normativa como lo haría un legislador, resulta que la norma es posterior a los hechos a los que se aplicará.

Normas que no habían sido sancionadas se establecen para resolver hechos pretéritos. O sea que la creación judicial de derecho implica la aplicación retroactiva de normas.

III. El modelo alternativo

El modelo alternativo propuesto por Dworkin procura:

i. El modelo alternativo pretende establecer una diferencia relevante entre la función judicial y la función legislativa:

Procurando reconciliar la tarea de la función judicial con la teoría política que inspira una democracia liberal, que le asigna el rol de reconocer los derechos que las partes tienen, y no el de crear derechos, que es propio de la función legislativa.

En su ya clásico ensayo sobre «El liberalismo», Dworkin ha sostenido que su tesis constitutiva o identificatoria, que lo distingue de otras moralidades políticas, es una concepción de la igualdad, que se traduce en el derecho de cada persona a ser tratada con la misma consideración y respeto.

Esta idea se conecta con el valor de la autonomía, entendido como la posibilidad que cada persona tiene de formular sus planes de vida e ideales de excelencia, proyectos personales, metas, y que en la medida en que no perjudique a terceros no puede ser interferida por el Estado u otras personas.

En una concepción liberal los denominados derechos individuales cumplen un rol relevante ya que operan como un perímetro protector ante pretensiones mayoritarias; son, en palabras de Dworkin, «cartas de triunfo» que los individuos disponen para rechazar las interferencias a sus proyectos vitales.

Sobre estas premisas Dworkin estructura su tesis de la función judicial, no caracterizándose por ser descriptiva, o sea, no repara en cómo de hecho los jueces deciden casos, sino que su perspectiva es proponer una tesis normativa que se plantea cómo los jueces deben resolver casos difíciles.

Le atribuye como principal función el reconocimiento y protección de los derechos individuales, y especifica la diferencia que encuentra con la función legislativa en el modo en que deciden y justifican sus decisiones los dos tipos de institución.

El criterio diferenciador que propone distingue entre *argumentos de principio,* entendiendo por tales un modo de justificar una decisión demostrando que tal decisión asegura o protege algún derecho individual o de grupo, esto es, que el destinatario de la decisión tiene el derecho a obtenerla, y *argumentos políticos* propios de la legislatura, que justifican una decisión demostrando que favorece o protege una meta colectiva. Estas últimas estimulan los intercambios de beneficios y cargas en el seno de la comunidad con el fin de producir algún beneficio global para la misma en su totalidad.

Por ello, si bien los destinatarios de la decisión no tienen derecho a ella, adoptarla se traduce en una medida que beneficiará a la comunidad en su conjunto.

El núcleo central de la distinción propuesta radica en que los argumentos de principio pueden o deben en casos desplazar la consideración de los objetivos políticos, o sea, que resultan gananciosos en una competencia entre los mismos.

Afirma que los jueces no deben, aunque de hecho lo hagan, resolver casos difíciles en base a argumentos políticos, toda vez que los únicos legitimados o autorizados para establecer o modificar derechos son los órganos elegidos para representar a las mayorías.

Precisamente el carácter de órgano no representativo de las mayorías le permite al órgano judicial apartarse de las tendencias mayoritarias y afirmar frente a ellas los derechos individuales de la gente.

ii. El modelo alternativo no admite la discrecionalidad judicial:

Repárese en que, al afirmar que en los casos difíciles, con los alcances que les hemos asignado, el juez debe acudir para resolverlos a principios, Dworkin intenta eliminar la discrecionalidad del juzgador conforme la definió.

La idea que él tiene es bien conocida: apela a principios, de los que nos da dos conceptos diferentes. El primero de ellos es negativo, en el sentido de que define a los principios como todos los estándares que no son normas.

En un segundo momento distingue entre estos dos conceptos positivos: directrices de política y principios propiamente dichos.

Los principios en sentido fuerte son definidos como exigencias de justicia o de otra dimensión de la moralidad, o sea, como lo precisa en *El Imperio del Derecho,* son principios en base a los cuales toda sociedad estructura sus instituciones o leyes; precisamente si hay un caso difícil el juez debe aplicarlos para obtener la premisa normativa que decidirá la cuestión.

O sea, se trata de principios de moralidad pública o moral institucional que pueden contribuir a resolver los casos no previstos en el sistema jurídico ponderando entre los mismos cuál ofrece la mejor justificación posible y evitando la discrecionalidad del decisor.

iii. El modelo alternativo evita aplicar derecho retroactivamente:

Se infiere del desarrollo precedente que si el juez justifica el derecho que reconoce en un caso difícil en un principio, ello significa que no aplica una solución que se diseña con posterioridad a los hechos del caso, por cuanto el principio precede a la solución del caso.

IV. Puede afirmarse que el de Dworkin es un modelo alternativo

Como conclusión y sin dejar de reconocer el ponderable esfuerzo del autor por afirmar los derechos individuales y perfilar las características diferenciales y propias de la función judicial, entendemos que el camino emprendido no es fecundo.

No puedo detenerme en extenso en estas consideraciones, sólo enunciaré algunas líneas refutables del modelo alternativo expuesto, que el mismo Dworkin a mi juicio relativiza en dos ocasiones:

a. Primero, cuando advierte que decidir en un contexto histórico si una decisión determinada ha sido adoptada siguiendo argumentos u objetivos políticos o de principio no resulta simple de resolver.

b. En segundo lugar, por el carácter intercambiable de los objetivos o metas políticas y de los argumentos de principios, ya que ello depende del lugar y función de cada uno de ellos en una teoría política única. Lo que para una teoría resulta un objetivo político para otra puede ser concebido como un derecho.

El argumento resulta en definitiva que Dworkin no afirma el carácter absoluto de los derechos, y en consecuencia al afirmar su relatividad admite que los mismos puedan ser desplazados por otros derechos o por objetivos.

Sentado ello, la primera línea de crítica que puede formularse radica en la circunstancia de que no se ha logrado formular un criterio claro para diferenciar Principios de Directrices; esto especialmente resulta muy claro, ya que Dworkin identifica principios con derechos individuales.

Pero, como sugiere Robert Alexy, no hay razón para no identificar como principios ciertos bienes colectivos como el afianzamiento del sistema democrático, o la salud pública, o la protección del medioambiente, que suponen o también revisten carácter de metas colectivas.

Concluye afirmando que él prefiere la definición negativa o amplia de principio que admite las dos clases de la posterior clasificación Dworkiniana, entre directrices y principios.

A su vez debe considerarse como otro argumento que en casos no hay otros argumentos que apelar a consideraciones de bienestar colectivo o a razones de interés público, que en el análisis de Dworkin aparecerían como objetivos de políticas.

En síntesis esta apretada revisión crítica destaca que los criterios propuestos por Dworkin no pueden sostenerse; en consecuencia, que sobre esas bases no puede fundarse la importante distinción que intentó perfilar entre la función judicial y la función legislativa.

NORMAS, VERDAD Y LÓGICA FORMAL

Manuel Manson
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

A. Kalinowski y la tesis del derecho positivo verdadero

1 En *El problema de la verdad en la moral y en el derecho* (Eudeba, Buenos Aires, 1979), Kalinowski presenta como central una cuestión que formula diciendo: «¿existen una moral y un derecho verdaderos y -en caso afirmativo- cómo se verifican los juicios que los integran?» (p. XIV).

El problema reviste, a juicio del autor, especial significación tratándose de «las normas sancionadas por el hombre en virtud del poder legislativo autónomo que le ha sido delegado por la ley natural» (pp. 151-152).

2. Para Kalinowski, las normas jurídicas serían enunciativas: serían susceptibles de ser calificadas de verdaderas o falsas. En su opinión, tendrían este carácter las leyes estatales.

«La ley natural -escribe Kalinowski- obliga con carácter general a hacer lo que es propicio al bien común, a la vida social y a evitar lo que les perjudica. Contiene, entonces, en forma implícita para las épocas y países en los que la circulación no reglamentada sería socialmente peligrosa, la norma alternativa: "Es necesario circular por la derecha o por la izquierda". Pero al mismo tiempo no contiene en esta cuestión ninguna norma categórica. Esto hace que las normas del tránsito en vigor en Francia y en Inglaterra se fundamenten ambas en la ley natural sin ser simples conclusiones de ella. En realidad, el legislador francés ha observado que de acuerdo con la ley natural se debía circular en Francia por la derecha o por la izquierda y que no había obligación categórica de circular por la izquierda, comprobación de la que concluyó según la regla de razonamiento fundada sobre el *modus tollendo ponens* que en Francia se debería circular por la derecha, mientras que en su caso el legislador inglés observó que con arreglo a la ley natural en Inglaterra se debía circular por la izquierda o por la derecha y que no había obligación categórica de circular por la derecha, comprobación tan exacta como la del legislador francés y que le permitió concluir con arreglo al mismo *modus tollendo ponens* que en Inglaterra se debería circular por la

izquierda. Si nuestro análisis es exacto los códigos de tránsito en las rutas inglesas y francesas son igualmente verdaderos porque son igualmente conformes con la ley natural (el primero con un término y el segundo con el otro término de la norma alternativa en cuestión, implicada por la ley natural, evocada más arriba)» (p. 153).

3. Pero el *modus tollendo ponens* -«Si p o q y no-q, entonces p», expuesto por el propio Kalinowski (p. 153, n. 5)- no sería aplicable, ya que la norma «Es necesario circular por la derecha o por la izquierda» no tiene la forma «p o q». En dicha norma «Es necesario» («Se debe», «Debe ser») es un operador cuyo ámbito es la expresión «circular por la derecha o (circular) por la izquierda».

La forma de la norma es, más bien, «Debe ser (p o q)».

4. De la norma ideada por Kalinowski y de enunciados de «comprobación» no se infieren las normas del tránsito establecidas por los legisladores francés e inglés.

Si el legislador francés comprobó que «no había obligación categórica de circular por la izquierda», pudo también comprobar que «no había obligación categórica de circular por la derecha». Por otra parte, las oraciones llamadas a expresar las respectivas constataciones no constituyen la negación de una norma imperativa (no tienen la fuerza de un permiso).

B. Klug y la distinción entre normas y enunciados jurídicos

1. Klug estima que «tiene pleno sentido preguntar por la verdad de las normas» (Lógica jurídica, trad. de la 4a. ed. en alemán, Temis, Bogotá, 1990, p. 259).

«La legitimidad de la cuestión sobre la verdad de las normas, que aquí defendemos -escribe Klug- se fundamenta en el hecho de que aceptamos el concepto de proposición verdadera, tal como fue definido metalingüísticamente ya por Tarski para los lenguajes formalizados. Según ese concepto, la proposición 'nadie puede ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas' será entonces y sólo entonces verdadera cuando nadie pueda ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas» (p. 260).

2. A juicio de Klug, «tanto las normas generales como también las individuales se formulan por el respectivo órgano emisor de normas -legislador o juez- como enunciados que dicen que es verdadero o falso, que algo está mandado, prohibido o permitido» (pp. 258-259).

«Si el condenado era en realidad inocente -dice Klug- esto quiere decir que el tribunal había partido de premisas de hecho falsas... Sólo cuando se establece la falsedad de estas premisas por una nueva sentencia en un proceso de revisión, cuando se eliminan los axiomas en función de los cuales

resulta verdadero el hecho que se había admitido, se suprimirá entonces la norma individual establecida en la primera sentencia. Solo entonces será falso que el acusado tenga la obligación de cumplir una pena privativa de libertad... Pero, entre tanto, la primera norma individual sigue siendo verdadera» (p. 259).

3. Klug no distingue convenientemente entre normas y enunciados deónticos.

En un enunciado, la expresión «puede que sea obligado» tiene en su totalidad significado cognitivo y se emplea descriptivamente, en una norma, la expresión sería intercambiable con «¡Permítese que sea obligado...!», al tener «puede» solamente significado directivo. Cabe decir, sin duda: «La oración "nadie puede ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas" es verdadera si y sólo si nadie puede ser obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas». Pero una formulación semejante no convierte una norma en un enunciado. Al atribuir verdad o falsedad a una oración se entiende que ella es un enunciado.

La norma que prohíba, por ejemplo, que alguien sea obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas se distingue del enunciado del jurista que expresa que está prohibido que alguien sea obligado contra su conciencia a prestar servicio militar con armas. Las normas no son «enunciados que dicen que es verdadero o falso, que algo está mandado, prohibido o permitido». Son disposiciones que mandan, prohíben o permiten. Por otra parte, ni ser axioma es lo mismo que ser verdadero, ni el que una norma esté vigente hace que sea verdadera.

C. Castañeda y los sistemas normativos

1. Héctor-Neri Castañeda, a su vez, luego de afirmar que «una norma es un principio de acción», que los códigos morales de las distintas comunidades y los sistemas legales de las naciones se cuentan entre «los sistemas normativos más importantes», y que «los sistemas normativos son (al menos en parte) sistemas de normas o juicios deónticos», sostiene: «las normas características de un sistema normativo N son de la siguiente forma canónica:

F) Es requerido de X por N [o X debe, N-mente], hacer A, en que la frase adverbial [por N o «N-mente»] señala el tipo de requerimiento determinado por el sistema N" (*Pensar y hacer. Los fundamentos filosóficos de las instituciones,* UNAM, México, 1993, pp. 15, 16 y 17).

Castañeda confunde los preceptos del sistema N con enunciados (metalingüísticos) relativos a N. En rigor, son precisamente éstos últimos los que tienen la forma canónica «Es requerido de X por N, hacer A».

2. En su confusión, Castañeda dice que «un enunciado deóntico, exactamente igual que un mandato, puede no ser cumplido o hasta ser desobedecido», pese a expresar, asimismo: «se habla apropiadamente de los noemas deónticos como verdaderos o falsos. Por ejemplo: es verdad que en los Estados Unidos uno debe manejar del lado derecho del camino; es verdad que los residentes de Detroit tienen que pagar a la Ciudad de Detroit un impuesto sobre sus ingresos; es verdad que en la Universidad Estatal de Wayne un profesor ayudante tiene derecho a solicitar el Premio de Reconocimiento del Fondo Estatal de Wayne... Indudablemente, hay procedimientos de verificación para los juicios deónticos. Algunos de ellos permiten una verificación completa. Por ejemplo, cuando Secundus le promete a Privatus enseñarle inglés, Secundus sabe concluyentemente que tiene el deber de enseñar inglés a Privatus. Algunas obligaciones legales pueden precisarse completamente consultando los libros de derecho» (op. cit., pp. 213 y 215).

3. Pero, el que, por ejemplo, sea verdad que en los Estados Unidos uno debe manejar del lado derecho del camino -de suerte que sea verdadero el enunciado «En los Estados Unidos uno debe manejar del lado derecho del camino»- o el que algunas obligaciones legales «pueden precisarse completamente consultando los libros de derecho», no constituye antecedentes que justifiquen el planteamiento de Castañeda.

Hay que distinguir entre los enunciados sobre el sistema jurídico de los Estados Unidos -como aquél según el cual «en los Estados Unidos uno debe manejar del lado derecho del camino»- y las normas de dicho sistema. Si éstas prescribiesen que se maneje del lado izquierdo del camino, entonces un enunciado como el ya expuesto sería falso. Como Castañeda manifiesta, una promulgación «crea nuevas obligaciones, deberes o similares, o crea nuevos derechos, o permisos, o libertades para actuar» (op. cit., p. 219).

Secundus «sabe concluyentemente que tiene el deber de enseñar inglés a Privatus» porque sabe que él mismo ha constituido ese deber, al prometerle a Privatus enseñarle inglés. Sin la promesa, ese deber no se habría constituido. Lo que está sometido a procedimientos de verificación es el enunciado relativo a la promesa y al deber creado por ella, mas no la promesa misma. El enunciado es «declarativo»; la promesa, «creadora».

D. Schreiber y la «tesis de descripción»

1. En *Lógica del derecho* (Sur, Buenos Aires, 1967), Schreiber formula una «tesis de descripción».

«La tesis de descripción -escribe Schreiber- reza: Las proposiciones normativas pueden ser reducidas a proposiciones indicativas... El contenido de la tesis de descripción afirma que las proposiciones normativas del lenguaje jurídico pueden ser traducidas a proposiciones indicativas... To-

memos como ejemplo una proposición del derecho civil: "Es debido que Maier pague a Huber 20 DM". La validez de esta proposición significa que si Maier no paga a Huber los 20 DM, este último puede recurrir a la vía judicial... Pero no podemos limitar las consecuencias de una proposición normativa individual a la actividad de los órganos de la administración de justicia. Esta proposición provoca también consecuencias económicas» (pp. 100-101).

Schreiber, en verdad, añade: «Tendremos que tener en cuenta no sólo los efectos económicos sino también los efectos sociales en general de esta proposición, a fin de poder describir su significado» (p. 101). Y prosigue: «Habrá también que considerar, como grupo importante, los efectos psíquicos de la proposición jurídica en los que intervienen en el proceso» (p. 101).

2. La «tesis de descripción» de Schreiber acoge tres planteamientos criticables: (a) «de la validez de la norma jurídica resulta su eficacia» y «de la eficacia resulta su validez» (p. 105); (b) «la validez de las normas jurídicas tiene el mismo significado que su eficacia» (p. 105); y (c) el significado de una norma jurídica es el significado de las oraciones indicativas relativas a su eficacia (a las cuales «puede ser traducida»).

Según la «tesis de descripción», como reconoce Schreiber, «las oraciones del lenguaje jurídico son sometidas a los mismos criterios de verdad y falsedad del lenguaje descriptivo» («Logica deontica e teoria della validità», en G. di Bernardo (ed.), *Logica deontica e semantica,* Il Mulino, Bolonia, 1977, p. 323).

E. Neumann y la concepción tarskiana de la verdad

1. Neumann, en su trabajo «Lógica jurídica» (en A. Kaufmann, W. Hassemer (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo,* Debate, Madrid, 1992, pp. 239-260), malinterpreta la concepción semántica de la verdad de Tarski.

«A diferencia de la teoría tradicional de la correspondencia, Tarski define la "verdad" -afirma Neumann- no como la concordancia entre la oración expresada y el estado de cosas real, sino como la relación entre proposiciones de distintos niveles, esto es, como la relación entre una proposición lingüística referida al objeto y una proposición metalingüística: «El enunciado "la nieve es blanca" es verdadero si y sólo si la nieve es blanca». La cuestión de lo que signifique realmente que la nieve es blanca puede quedar abierta sin respuesta, puesto que no se presupone la existencia del estado de cosas real aludido por la proposición lingüística que se refiere al objeto» (pp. 249-250).

2. Pero la concepción semántica de la verdad de Tarski no es sino «una forma modernizada» de la concepción clásica, según el mismo Tarski ma-

nifiesta en su estudio «La concepción semántica de la verdad y los fundamentos de la semántica» (en M. Bunge (comp.), *Antología semántica,* Nueva Visión, Buenos Aires, 1960, p. 134).

La verdad, como atributo de oraciones, las sitúa en correspondencia con la realidad. Si la nieve no es blanca, no es verdadero el enunciado «la nieve es blanca»; en cambio, si este enunciado es verdadero, la nieve es blanca.

3. La concepción de Tarski no habilita para atribuir el carácter de enunciado, o sea, de expresión verdadera o falsa, a una oración cualquiera.

Si la frase «la nieve es blanca» no atribuyese blancura a la nieve ni predicase nada, no tendría sentido decir: «la nieve es blanca» es verdadera.

4. Neumann se equivoca al creer -junto con Ehrgen I'dig, a quien cita- que la cuestión sobre la procedencia de aplicar la lógica a las normas jurídicas se resuelve afirmativamente mediante el simple expediente de hablar de «verdad de las normas».

«Si no se ha de renunciar a la deducibilidad lógico-formal en el ámbito de las normas -escribe Neumann- entonces o bien habrá de entenderse de distinta manera la relación deductiva o bien habrá que revisar la negación del valor de verdad de las normas» (p. 249).

«La segunda solución -expresa Neumann- es la que, apoyándose en el concepto "semántico" de verdad desarrollado por Tarski, ha sido defendida con especial insistencia por Ehrgen I'dig» (p. 250). «La concepción de I'dig -asevera Neumann- parece viable y libre de contradicciones» (p. 250).

5. Según Neumann, se puede decir: «"Es obligatorio informar a las autoridades de la existencia de un delito inminente" es verdadero siempre que sea obligatorio informar a las autoridades de la existencia de un delito inminente» (p. 250). «La cuestión acerca de cuándo sucede tal cosa añade Neumann puede permanecer abierta, sin respuesta» (p. 250).

Neumann olvida, al parecer, que normas y enunciados deónticos suelen revestir igual terminología, pero con diversos significados.

Sólo se justifica atribuirle verdad a la oración mencionada por Neumann al ser propiamente un enunciado, o sea, al tener en ella la expresión «es obligatorio» un sentido cognitivo. Si, en cambio, «es obligatorio» tiene sentido directivo, la oración no es un enunciado.

Cabe tener presente que, en otro de sus trabajos, el propio Neumann escribe: «La teoría de la correspondencia tiene que negar la capacidad de verdad de las normas, ya que éstas no establecen hecho alguno con el cual puedan concordar» («La teoría de la ciencia jurídica», en A. Kaufmann, W. Hassemer (eds.), *El pensamiento jurídico contemporáneo,* cit., p. 363).

F. MacCormick y los argumentos normativos

1. Refiriéndose a argumentos con reglas jurídicas, MacCormick dice: «Si las premisas son verdaderas, necesariamente entonces la conclusión, concebida como proposición, es verdadera» (*Legal Reasoning and Legal Theory,* Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 34).

El mismo autor afirma, asimismo, que las «proposiciones de derecho» «pueden, en verdad, ser verdaderas o falsas, en relación con un sistema jurídico determinado en un tiempo dado» (p. 271).

Sin duda, si se conciben como enunciados sobre normas jurídicas -«enunciados normativos»- las «proposiciones de derecho» serían verdaderas o falsas. Pero MacCormick a las reglas jurídicas mismas las considera «proposiciones de derecho» (pp. 29 y ss.).

2. En el capítulo final de *Legal Reasoning and Legal Theory,* MacCormick escribe: «podemos tener sistemas jurídicos racionalmente estructurados... El que podamos tenerlos me permite responder una posible objeción a la tesis presentada en el capítulo II, de que es posible el argumento deductivo en el derecho. En ese capítulo cometí lo que algunos querrían considerar como el obvio error de postular que puede haber enunciados "verdaderos" de las normas jurídicas que figuran en tales deducciones» (p. 271).

A juicio de MacCormick, la objeción estaría «bien fundada» si cuestionase la tesis de que hay «enunciados normativos verdaderos "absolutamente"» (p. 271). Según él, «dada la posibilidad de un conjunto coherente y consistente de reglas y principios, identificados directa o indirectamente con respecto a una "regla de reconocimiento", no tenemos problema en adscribir verdad relativa a las proposiciones de derecho» (p. 271).

El mismo MacCormick, para ilustrar su planteamiento, comienza expresando: «Si es verdad, como proposición del derecho escocés vigente, que toda persona que conduzca un automóvil por una autopista a más de 70 millas por hora comete una falta...» (p. 271).

3. MacCormick confunde normas con enunciados sobre normas y considera que éstas también son susceptibles de ser verdaderas o falsas.

MacCormick habla de «la cuestión fundamental del valor veritativo y naturaleza proposicional de las "proposiciones de derecho", que trato como premisas mayores de mis así llamados silogismos» («The nature of legal reasoning: a brief reply to Dr Wilson», *Legal Studies,* 2 (3), 1982, pp. 286-290). Según él, sus «proposiciones de derecho» son «directa o indirectamente» normativas; pero asevera que tal carácter «no es obstáculo para tratarlas como genuinamente proposicionales y susceptibles de poseer valor veritativo» (p. 289).

A juicio de MacCormick, «aunque en su sentido más restringido a la lógica le interesa la validez más que la verdad en la argumentación, ella requiere el concepto de "valor veritativo" y presupone algunos criterios de verdad» (p. 290).

4. MacCormick tiene razón al afirmar que cuando «el Parlamento aprobó la sección 14 de la Ley de Venta de Mercaderías de 1893», el acto legislativo «no fue verdadero ni falso» («The nature of legal reasoning», cit., pp. 289-290). Pero no tiene toda la razón cuando añade, refiriéndose a ese acto legislativo y a otro de la judicatura: «Siendo válidos como actos jurídicos, establecieron reglas para los sistemas de derecho del Reino Unido. Y, dentro del universo del discurso legal, un enunciado que exprese correctamente los términos de una regla de derecho válida es un enunciado de derecho verdadero, que tiene como contenido una proposición de derecho verdadera» (op. cit., p. 290).

Sin duda, el acto legislativo establece reglas válidas al ser válido. Pero ellas no se convierten en «proposiciones verdaderas» sólo por ser de nuevo «correctamente expresadas». La autoridad judicial que expresa nuevamente los términos de una ley válida y la utiliza, por ejemplo, como una premisa de su argumentación, no por eso convierte a la ley en una «proposición de derecho verdadera».

G. Cossio y la verificación de las normas jurídicas

1. Según expresa Carlos Cossio, su doctrina presenta «la relación entre norma y conducta, como siendo la relación gnoseológica entre concepto y objeto», de manera que «ha de esperarse una confirmación o una decepción intuitivas para hablar de la verdad jurídica como juristas» («Teoría egológica y teoría pura», *Revista de la Escuela Nacional de jurisprudencia,* México, 45, 1950, pp. 121-174).

La norma, según Cossio, sería «verdadera» si «efectivamente el comportamiento concuerda con lo por ella mentado» («Las posibilidades de la lógica jurídica según la lógica de Husserl», *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales,* Buenos Aires, 23, 1951, pp. 201-241).

2. Desarrollando su doctrina, Cossio escribe: «La Teoría egológica ha denominado endonorma al primer miembro y perinorma al segundo. La prestación es lo que debe ser según la endonorma, pero según la perinorma es la sanción lo que debe ser. La norma completa resulta, por lo tanto, un juicio lógicamente disyuntivo. Como en toda disyunción proposicional, la verificación intuitiva de lo mentado sólo puede ocurrir respecto de uno u otro miembro de la alternativa... Aunque la conformidad de la conducta con la norma jurídica sólo puede ser con uno u otro miembro de la norma completa, para poder pensar jurídicamente el dato no bastan la endonorma o la

perinorma por aparte... la simple verificación endonormativa ya positiviza a la norma completa; y otro tanto ocurre con la simple verificación perinormativa» (*Teoría de la verdad jurídica,* Losada, Buenos Aires, 1954, pp. 134-135).

3. En conformidad al criterio de Cossio sobre los juicios disyuntivos -según el cual «la verificación intuitiva de lo mentado sólo puede ocurrir respecto de uno u otro miembro»- su norma «completa» sería «falsa» si se cumplen sus dos componentes.

En rigor, en una formulación adecuada de la «norma completa», «debe ser que el arrendatario pague el alquiler» («endonorma») y «sí el arrendatario no paga el alquiler, entonces debe ser desahuciado» («perinorma») se conectan conjuntivamente, siendo posible que ambas se cumplan -lo que ocurriría si el arrendatario paga el alquiler. También es posible, por cierto, que las dos normas sean incumplidas, lo que sucedería si el arrendatario no paga y no es desahuciado.

4. Por otra parte, para la tesis sobre la «verificación intuitiva de lo mentado», la expresión «debe ser» no desempeña ninguna función.

La «verificación» -de acuerdo con la doctrina de Cossio- se limita a comprobar «la conformidad de la conducta con la norma», que se da «tanto si se cumplen las prestaciones como si se cumplen sus sanciones». En este sentido, «Juan debe pagar» mencionaría lo mismo que «Juan paga», al ser «verdadera» si y sólo si Juan paga.

H. Conte y las «prescripciones necesariamente verdaderas»

1. Según Amedeo Conte, las «proposiciones prescriptivas» serían «verdaderas» por ser «necesariamente verdaderas» (*Primi argomenti per una critica del normativismo,* Tipográfica del Libro, Pavia, 1968, p. 24).

A juicio de Conte, la «verdad» de una norma «consiste en su correspondencia con un status deóntico théticamente constituido», a través de su formulación «thética» («Paradigmática y sintagmática de la validez», en Amedeo G. Conte, Carlos Alarcón Cabrera, *Deóntica de la validez,* Tecnos, Madrid, 1995, p. 19).

2. Pero, aunque la norma que prohíbe A constituya el estatus deóntico del estar prohibido A, no podría atribuírsele la condición de ser «verdadera». En la norma la expresión «está prohibido», al no emplearse descriptivamente, carece de correlato objetivo. En rigor, mal podría hablarse entonces de «verdad como correspondencia con un status deóntico».

I. Gardies y la estructura de las normas

1. Jean-Louis Gardies -quien alaba a Kalinowski por «atribuir sin vacilar a los razonamientos normativos el valor lógico de verdad o de falsedad»

(«Vingt années de recherches déontiques», *Archives de Philosophie du Droit,* 18, 1973, pp. 385-424)- plantea, por su parte, que «es menester analizar la norma» mediante la forma de un predicado con tres argumentos, uno de los cuales «designará la autoridad de la cual procede la norma, o, si se trata de una estricta obligación de derecho privado, el acreedor de esta obligación» («Le ròle des prédicats complétifs en logique déontique», *Informatica e Diritto,* 9 (2), 1983, pp. 243-249).

A juicio de Gardies, «la estructura gramatical de la norma» «más general» es «aquella que hace aparecer, a la vez, después del predicado deóntico, el nombre del obligado, el nombre de quien obliga y la designación de la prestación» («Logique déontique et théorie générale des fonctions complétives», *Logique et Analyse,* 16, 1973, pp. 143-220).

2. Pero, en verdad, Gardies confunde un análisis de normas con análisis de enunciados o de situaciones deónticas (las que, como en Leibniz, pueden ser concebidas al margen de órdenes normativos). La autoridad de la cual procede una norma no se menciona en dicha norma.

El mismo Gardies manifiesta, en «Logique déontique et théorie générale des fonctions complétives» (p. 144), que en la literatura sobre la «estructura gramatical de la norma» habría encontrado «al menos seis maneras, bastante diferentes, de expresar que una acción es obligatoria», y considera, entre ellas, fórmulas de Anderson, García Máynez, Prior y von Wright, que no son normativas y se refieren, en cambio, a acciones o estados obligatorios.

3. Cabe señalar que el propio Gardies -que habla del «mundo presente en el cual la norma es obligatorio que p es verdadera» («La logique déontique et ses sémantiques posibles», *Logique et Analyse,* 82-83, 1978, pp. 185-203)- ha afirmado que las leyes estatales «no enuncian constataciones, sino lo que podemos llamar disposiciones» («La structure logique de la loi», *Archives de Philosophie du Droit,* 25, 1980, pp. 109-121).

J. García Máynez y los «juicios normativos»

1. En opinión de García Máynez, los «juicios normativos», «precisamente por referirse al orden del deber, difieren esencialmente de los que la doctrina tradicional toma en cuenta». Para él, mientras los «enunciativos» son verdaderos o falsos, «según que concuerden o no con las situaciones objetivas que pretenden describir», los «normativos» son «válidos» o «inválidos» («Lógica del juicio jurídico», *Diánoia,* 1, 1955, pp. 3-23).

Pero, según García Máynez, los asertos de los juristas también expresarían «juicios normativos», al emplear «tiene derecho a» o «está obligado a». Para el autor, las palabras «Quien descubra un tesoro en terreno ajeno tiene derecho a conservar para sí la mitad del tesoro y está obligado a entregar la

otra mitad al dueño del predio», escritas en «un manual de derecho civil», no manifiestan un «enunciado», porque «no describen la conducta del sujeto que ha descubierto un tesoro ni, hipotéticamente, la de todos los que tengan esta suerte». La oración formularía «un juicio claramente normativo» (*Positivismo jurídico, realismo sociológico y iusnaturalismo,* UNAM, México, 1968, pp. 110-111).

2. «En el caso de los enunciados -plantea García Máynez- la verdad y la falsedad están condicionadas por la conveniencia o inconveniencia de la determinación predicada (relativamente al objeto-sujeto); en el caso de las normas, en cambio, la validez del acto imputativo depende de que los deberes o derechos que el precepto impone u otorga efectivamente correspondan a los sujetos sobre quienes la imputación recae» (*Lógica del concepto jurídico,* F.C.E., México, 1959, p. 24).

A juicio de García Máynez, sería menester, tratándose de las «leyes jurídicas», «investigar si tienen validez objetiva, o lo que es igual: poner en claro si constituyen la expresión de un auténtico deber ser» (*El problema filosófico-jurídico de la validez del derecho,* Imp. Mundial, México, 1935, pp. 37-38).

«Las normas -declara García Máynez- expresan precisamente la necesidad moral de que el destinatario realice un valor o serie de valores, cuya actualización depende del arbitrio y capacidades del obligado» (op. cit., p. 41).

3. «Objetivamente válido» es, pues, para García Máynez, el «precepto justo» (cf. su *La definición del derecho,* Stylo, México, 1948, p. 39). Según él, «si los juicios enunciativos son verdaderos cuando concuerdan con la realidad, la validez de los normativos tendrá que depender de su concordancia con lo valioso» (*Lógica del juicio jurídico,* EC.E., México, 1955, p. 77).

Pero García Máynez atribuye designata a las locuciones «tiene derecho a» y «está obligado a», correspondientes a los «juicios normativos». Él expresamente habla de los «correlatos de los conceptos de cópula prescriptiva y cópula atributiva» (*Lógica del concepto jurídico,* p. 183). Así, su concepción de las normas coincide, en lo fundamental, con la de Kalinowski.

K. Normas y lógica sin verdad

1. Hay, sin duda, sentencias -como las que suelen formularse en el seno de las comisiones legislativas, al considerar la justificación de un proyecto de ley- que enuncian, de acuerdo a ciertos criterios, que tales o cuales actos son «debidos», con independencia de órdenes normativos.

¿No podría entenderse -siendo los recursos lingüísticos muy limitados y siempre que por definición las normas no se distingan de los enunciados- que adquieren carácter normativo, al cumplirse determinadas formalidades,

aquellas sentencias enunciativas que expresen la opinión de una mayoría de autoridades? Por cierto. Pero, ¿sabemos que existan ejemplares semejantes, para poder afirmar fundadamente al respecto: «Hay normas verdaderas o falsas»?

2. Al usarse «debe» diferentemente en distintas ocasiones -para mandar, significar estados normativamente obligatorios, o mencionar situaciones debidas con independencia de un orden normativo- se sientan, en verdad, las bases para distinguir entre el uso normativo y los enunciativos de «debe».

Se posibilita entonces considerar que: (a) hay sentencias, u ocurrencias de sentencias, que mandan, prohíben o autorizan, sin ser verdaderas o falsas; (b) tales expresiones -que emplean «debe» con los signos lógicos, regulan situaciones de conducta y son satisfechas o insatisfechas- no quedan, sin embargo, al margen de la lógica.

3. «Si se acepta que las normas carecen de valores de verdad -observa Eugenio Bulygin- no cabe duda de que una lógica de normas genuina sólo es posible si se amplía el concepto de lógica de tal manera que las conectivas proposicionales y los conceptos de implicación (consecuencia) lógica y de consistencia puedan ser definidos sin hacer referencia a la noción de verdad» («Lógica deóntica», en C. E. Alchourrón (ed.), *Lógica,* Trotta-Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, 1995, p. 140).

«Una propuesta en tal sentido -añade Bulygin (p. 140)- fue formulada recientemente en Alchourrón-Martino, 1990. Estos autores proponen definir la noción de consecuencia lógica sobre la base del concepto abstracto de consecuencia (caracterizado por Tarski), que se usa como concepto primitivo y que no es ni sintáctico, ni semántico.»

4. El artículo al cual se refiere Bulygin es «Logic without truth» (*Ratio Iuris* 3 (1), 1990, pp. 46-67). Sus autores se basan en dos trabajos de Tarski, publicados por primera vez en 1930 y traducidos al inglés por J. H. Woodger: «On some fundamental concepts of metamathematics» y «Fundamental concepts of the methodology of the deductive sciences» (en A, Tarski, *Logic, Semantics, Metamathematics. Papers from 1923 to 1938,* Hackett, Indianapolis, 1990, 2a. ed.).

Tarski caracteriza por medio de una serie de axiomas el concepto de «consecuencia». Pero, como anotan W. A. Pogorzelski y S. J. Surma -en su recensión de la primera edición del libro de Tarski (*The Journal of Symbolic Logic* 34, 1969, pp. 99-106)- esos axiomas «capturan sólo las propiedades más generales del concepto de prueba», que es sintáctico. Como el mismo Tarski expresa, las «consecuencias» «pueden ser obtenidas mediante ciertas operaciones llamadas reglas de inferencia» (*On Some Fundamental Concepts of Metamathematics,* p. 30).

Con razón, John Etchemendy ha podido afirmar que en dichos trabajos Tarski «asume una visión puramente sintáctica», conforme con «el enfoque sintáctico de la relación de consecuencia que prevalecía entonces» («Tarski on Truth and Logical Consequence», *The Journal of Symbolic Logic* 53, 1988, pp. 51-79).

5. La propuesta de Alchourrón y Martino adopta, así, una concepción sintáctica.

Como admiten los autores, determinan el uso de conectivas y operadores mediante «reglas de naturaleza sintáctica» (op. cit., p. 60). Según reconoce Alchourrón, «es apropiado decir que en un enfoque abstracto los axiomas referidos a los signos lógicos determinan su significado sintáctico» («Concepciones de la lógica», en *Lógica,* cit., p. 41).

6. Como bien dice Alchourrón, si de las leyes generales promulgadas por el legislador «no se pudiera concluir deductivamente» la totalidad de las normas que «refieren el contenido de la ley general a cada uno de los súbditos», entonces las leyes generales «se convertirían en meros juguetes vistosos sin la significatividad normativa con que incuestionablemente son entendidas en la vida social» (op. cit., pp. 35-36).

Pero, si no se pudiese interpretar sus expresiones y determinar sus relaciones con la realidad y con sus usuarios, las leyes también serían «meros juguetes vistosos sin la significatividad normativa con que incuestionablemente son entendidas en la vida social».

7. Principios básicos para precisar el significado (no-sintáctico) de las expresiones normativas son, a nuestro juicio, los siguientes:

(1) Son lógicamente equivalentes las normas con componentes enunciativos lógicamente equivalentes;

(2) Una norma de la forma «Debe ser (p y q)» es lógicamente equivalente con la conjunción de las correspondientes normas de las formas «Dp»y «Dq»;

(3) La norma que ordena (que) p es lógicamente incompatible con la que ordena no-p;

(4) Las conectivas sentenciales y sus definiciones son plenamente utilizables en fórmulas normativas;

(5) Una norma y su negación (externa) son contradictorias;

(6) Las fórmulas que, de acuerdo con las reglas de formación, sean mixtas -como los condicionales con antecedente enunciativo y consecuente normativo- son normas;

(7) Los valores de las normas son «validez» e «invalidez»;

(8) Una conjunción de normas es válida si y sólo si sus miembros son válidos;

(9) El valor de las normas mixtas se determina considerando los valores de verdad o falsedad como si fuesen de validez o invalidez;

(10) Una norma es válida si y sólo si el correspondiente enunciado normativo es verdadero.

DERECHO Y LITERATURA. ALGO DE LO QUE SÍ SE PUEDE HABLAR PERO EN VOZ BAJA

Enrique E. Marí
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

«Si uno está interesado en las relaciones entre campos que a tenor de las divisiones académicas al uso pertenecen a departamentos diferentes, no se le acogerá como «constructor de puentes» como podría esperar sino que ambas partes tenderán a considerarlo un extraño y un intruso intelectual».
Rudolf Carnap. Biografía Intelectual. Paidós. 1992

I. ¿Construir un puente entre la literatura y el derecho?

He aquí una pregunta que no deja de sorprender, en un doble sentido. En primer lugar, a causa de quien la formula. En términos muy genéricos, por cierto, pero no desprovistos de precisión. Puesto que si alguien, pongamos por ejemplo Gadamer, Dworkin, Posner, Fish, Nussbaum, Frisch o algún otro ocupante de los escenarios jurídicos o estéticos de nuestros días, se la hubiese planteado como posibilidad, Carnap se habría sentido perplejo con su daltonismo militante para cualquier tipo de ciencia no fácilmente traducible a la física. La construcción del puente de todos los puentes, eso sí que entraba, en cambio, en sus previsiones para agrupar, en particular, al conocimiento natural en la ciencia unificada de la metodología fisicalista. Pero literatura y derecho, sólo ofrecían ecos y resonancias poco simpáticas con los artículos de Erkenntnis y no más agradables al *Journal of Unified Science* o a la *International Encyclopaedia of Unified Science.*

Todos los enunciados descriptivos, incluso las predicciones, en cuya confirmación o rechazo Carnap veía la medida de la ciencia, eran para él reducibles a enunciados de observación, a proposiciones en los que se comprometen los individuos percipientes y los objetos que ejercen estímulos. Lo que había que evitar era «la ilusión de los sentidos» con respecto a estas coordenadas. Era la trabazón metafísica que se suele desprender de ellas, las aglomeraciones superfluas que obstruyen el lenguaje fenoménico. Los enunciados se comparan con enunciados y no con vivencias ni con el mundo, ni con ninguna otra cosa.

No es que el Círculo de Viena limitara el fisicalismo a las ciencias de la naturaleza; comprendía también las del espíritu, pero ¿en qué grado y sentido se podría atribuir a la estética, a la literatura o, más bien, a la crítica literaria, el carácter de una ciencia? La respuesta la va a dar con tono incisivo: en ninguno.

«Aquí hay un cubo azul» es un enunciado que se encuentra, o está determinado por medio de coordenadas. ¿Se puede comparar el azul de este enunciado al «azul» del siguiente fragmento de Max Frisch en su novela *No soy Stiller*?: «Pero aquel día tampoco había mucha gente. Nuestro camino bordeado de juncos atravesaba un bosque de poco espesor. Los grupos de alisos, de abedules y de hayas, de vez en cuando un roble aislado, todos sin hojas todavía, nos dejaban ver grandes paños de cielo azul». En este caso los «grandes paños del cielo azul» no son aglomeraciones superfluas que obstruyen el lenguaje fenoménico. Por el contrario lo realzan, tomado éste en sentido no técnico. Se relacionan con las hojas grisáceas del otoño anterior, con la nueva hierba que las disimula, con la tierra empapada de humedad, con los pájaros que se reúnen en los cables de tensión para emprender su vuelo de migración al Norte. Sin estos «paños de cielo azul», así integrados, Rolf, acompañando a Stiller, no hubiera podido recordar aquel paseo como uno de los más hermosos de su vida, el lago Leman a la izquierda, el valle del Ródano a la derecha. Más que evitar la ilusión de los sentidos había que incentivarlos, había que coordinarlos en un amontonamiento conexo, había que percibirlos pero no, como proponía el Círculo de Viena, a la manera de meros estímulos cerebrales, como manchas en el sistema nervioso central, como procesos o fenómenos de la digestión, de la circulación de la sangre, o de inervaciones musculares.

Puesta la expresión los «paños de cielo azul» en algún artículo de un número de Erkenntnis, se consideraría, en cambio, un borrón que perturba la reverencia que se debe a la ciencia. Nuestro puente sería, en verdad, un puente semejante al del inolvidable film «El puente sobre el río Kwai», un puente construido para ser destruido de inmediato, en celada para el enemigo. Consecuencia, en nuestro caso, de otra guerra. La guerra de las ideas, las doctrinas y las teorías, aunque la destrucción no le ocasionaría tanto sinsabor a Carnap como al oficial inglés enamorado de su obra, representado por Alec Guinness.

Reiteremos los dos polos de la conexión presunta: el derecho y la literatura. Ni Carnap, ni el Círculo, se interesaron mucho por la ética y menos aún por el derecho. Sólo Schlick reconoció que de admitirse enunciados éticos en el marco científico los aceptaría en su condición de enunciados de hecho, que les atribuía. En cuanto a Carnap, afirmaba que no lo eran y tenían el estatuto de imperativos disfrazados. La literatura por su lado, como la poesía, está atravesada también en el interior del plano ficcional por enunciados potencialmente inverificables, potencialmente ajenos a todo test empírico. Y muchos de ellos son, a mayor abundamiento, incompatibles con la lógica y por ende incorrectos. Desacoplados de la sintaxis lógico-gramatical, alejados de la experiencia y de los procedimientos formales demos-

trativos, inducen a engaño, son metafísicos, pseudoproposiciones. Tienen el mismo estatuto degradado de lo que hiciera Martín Heidegger en *Was ist Metaphysik?,*[1] obra duramente juzgada por el autor de *Introduction to Semantics* quien la asimila a una máquina productora de pseudo-proposiciones, de *Scheinsätze,* juicio en que quizá haya influido -no sin justicia- el recuerdo de las oscuras posiciones políticas del primero.

Carnap quiere ser preciso no sólo en cuanto a la metafísica y sus problemas esenciales -falta de significado empírico de las palabras y no concordancia de su secuencia con las reglas de la sintaxis- y acude para explicarlos a un cotejo entre ella y el arte. Si la metafísica posee un contenido éste no es teorético, no sirve para la descripción de relaciones objetivas, ni existentes, en cuyo caso sus proposiciones al menos serían verdaderas, ni inexistentes, caso en que serían falsas. Para lo que sirven sus enunciados no es ni más ni menos que para la expresión de *una actitud emotiva ante la vida.* Y qué otros enunciados pueden existir que expresen más adecuadamente esta actitud que la de los artistas, los hombres de letras, los poetas. Lo que ocurre es que éstos, afirma, saben que están en el terreno del arte y no en el de la teoría como les sucede a los metafísicos, que son músicos sin capacidad musical. Leamos su propia letra de «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje»: «Pero el metafísico basa sus proposiciones en argumentos, exige con firmeza aquiescencia para lo que considera el contenido de las mismas, polemiza contra metafísicos de orientación distinta, tratando de refutar a través de su obra, lo que dicen. Por el contrario el poeta no trata de invalidar en su obra las proposiciones del poema de otro autor porque sabe que se halla en el terreno del arte y no en el de la teoría. Acaso la música resulte el medio de expresión más idóneo de esta actitud ante la vida, en vista de que se halla más fuertemente liberada de cualquier referencia a los objetos. El sentimiento armonioso de la vida, que el metafísico trata de expresar a través en un sistema monista, se halla mejor expresado en la música de Mozart. Y cuando el metafísico declara un sentimiento heroico ante la vida en un sistema dualista ¿no lo hará tal vez porque le falta la capacidad de Beethoven para expresar dicho sentimiento con un medio adecuado? En verdad los metafísicos son músicos sin capacidad musical, en sustitución de la cual tienen una marcada inclinación a trabajar en el campo teorético, a conectar conceptos y pensamientos»[2].

El dictamen de Carnap es tajante. El hombre de arte, el novelista, tiene la ventaja sobre el metafísico de no confundir su papel, de descreer que és-

[1] Martín Heidegger. *Was ist Metaphysik?* Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, 1975.

[2] «La superación de la metafísica mediante el análisis lógico del lenguaje», Rudolf Carnap, incluido en *El positivismo lógico,* compilado por A. J. Ayer, F.C.E., México, 1965.

te es teórico o cognoscitivo, de no estimar que está ligado al conocimiento. Sin embargo, esta ventaja subsiste pero es puesta inmediatamente en su lugar cuando se ocupa, precisamente, de la estética y del pensamiento normativo como la ética y el derecho. Dice en efecto: «El mismo dictamen puede aplicarse también a toda filosofía de normas o del valor así como a la ética o la estética como disciplinas normativas, ya que la validez objetiva de un valor o de una norma no es (y esto también de acuerdo con la concepción de los axiólogos) empíricamente verificable ni deductible de proposiciones empíricas y no puede, por lo tanto, ser afirmada de ninguna manera (y por medio de una proposición con sentido). En otras palabras, o se designan características empíricas para "bueno", "bello" y el resto de los predicados que se emplean en las ciencias normativas, o no. *En el primer caso, una proposición que contuviera tales predicados se transformaría en un juicio fáctico y no en un juicio de valor En el segundo, devendría en una pseudoproposición. De cualquier modo, resulta imposible construir una proposición que exprese un juicio de valor».*

Esta última proposición resuelve pues las cosas para el empirismo lógico *á la* Carnap con la mayor claridad, y gran carga de dogmatismo. Ni el derecho, ni la literatura (o cualquier otra expresión de la estética), tienen la más mínima posibilidad de convertirse en campos sobre los que se pueda construir algo racional, asociando racional con empírico y lógico-metodológico. Si vinculamos ahora a nuestro autor con Ludwig Wingenstein y su famoso punto 7 «De lo que no se puede hablar mejor es callar» («Wovon man nicht sprechen kann, darüber muss man schweigen») debemos concluir que el puente entre ambas disciplinas es algo de lo hay que callar, ante la imposibilidad de hablar de él. A Carnap, ni siquiera se le pasó por la mente hacer o discutir una propuesta de este tipo porque sabía que en los medios fisicalistas, y sobre *todo atendiendo a sus lecciones,* no iba a encontrar público, auditorio o interesado alguno.[3]

Sin embargo Carnap no tuvo en cuenta que, como a Monsieur Dupin en el cuento «La carta robada» de Edgar Allan Poe[4], en décadas posteriores a sus trabajos, cuando el fisicalismo había perdido ya toda resonancia, a pen-

[3] Ludwig Wingenstein, *Tractatus Logico-Philosophicus,* Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, Alemania, 1969, pg. 83.

[4] En otro trabajo, publicado en *Papeles de Filosofía II,* Buenos Aires, editorial Biblos, 1997, tuve ocasión de recordar el episodio en mi artículo «El retorno del caso Rivière». El pasaje de Poe es el siguiente: «...Si es un caso que requiere reflexión -Observó Dupin, absteniéndose de encender la mecha- lo examinamos en la oscuridad. -Esa es otra de sus extrañas ideas -dijo el Prefecto, quien tenía la costumbre de llamar "extrañas" a todas las cosas que superaban su comprensión y que vivía así entre una legión completa de "extrañezas"-. La idea del enlace derecho-literatura habrá de ser considerada «extraña» ante todo por los positivistas. Al superar su comprensión, viven, o afectan vivir, rodeados por una legión de extrañezas.

sadores (no muchos) procedentes de la literatura, de la estética y de la filosofía del derecho, se les ocurrirían cosas «extrañas». Al punto de llevar a la superficie una propensión teorética transparente, exhibiéndose, así, como intrusos intelectuales. Para ello, tomaron los pentagramas de una música que repelía a Carnap, y se hicieron cargo del problema que los preocupaba y nos sigue preocupando: la construcción de un puente entre derecho y literatura. Es decir, la construcción de un puente entre estos dos campos que, si bien a tenor de las divisiones académicas al uso, pertenecen a disciplinas distintas, permitirían hablar de un enlace entre ellos, o de una influencia recíproca.

Ello exige a nuestro estudio hacer ingresar a los más destacados de estos pensadores, dar cuenta de las modalidades que propugnan para este enlace, de sus contradicciones y oposiciones, de sus dificultades y del régimen de análisis encarado por unos y otros, ya que no existe una línea común, sino más bien pensamiento cruzado, transversal y heterogéneo. Lo que los une, es que consideran que sí se puede hablar de este puente; lo que los separa, el régimen fonológico del habla. Hay quienes quieren hacerlo con fonógrafo; otros que prefieren susurros de enamorados. Hay quienes extienden y amplían los tópicos de la relación; otros que escogen temas parciales y *ad hoc* de acercamiento común.

Pero frente a las ideas del positivismo lógico, de Rudolf Carnap y del fisicalismo -que no consideran necesario mencionar-, saben que no hay ninguna posibilidad de hacerlo sin abandonar, sin dejar de lado las ideas que venimos de desarrollar de la corriente que imprimiera con tanta fuerza el marco de la epistemología en el primer cuarto de este siglo.

Ahora bien; antes de entrar en las reflexiones específicamente teóricas que nos brindan, vale la pena puntualizar el horizonte, el cuadro general en que hizo pie esta teoría. Aludo a la idiosincrasia personal del algunos poetas, literatos y letrados, cuando se refieren a cuestiones planteadas en el otro campo, pero aludo también a aspectos de la misma conexión que *podríamos calificar de fáctica, de hecho cuya existencia recíproca se registra en las obras de derecho y de literatura, independientemente y antes de su aprehensión y alcance cognoscitivo.*

II. El enlace derecho y literatura antes de su captación en el marco de la teoría iusfilosófica y de la teoría estética

A nuestro poeta, hablo de Mario Jorge de Lellis, no le gustaba el derecho. Para hablar con más precisión, quienes le disgustaban eran los abogados. En *Cantos humanos* (edición El Escarabajo de Oro, Buenos Aires), los percibía como los hombres de negro o, con más indulgencia, como los hombres de gris. No van a la feria como un abuelo dulce, no tienen el sol

legañoso en los zapatos. No nos llegan heterodoxos, carpinteros, filósofos, albañiles. Carecen de la antigua zozobra del alquiler, de la herramienta húmeda, oxidada. Se parecen más bien a los hombres de la blanda cama, con sus sillones hondos y aburridos, con el centavo que suena en los bolsillos. Son, digamos, «los hombres del papel sellado», de ojos duros, talonarios y aromas de calas. No se les puede ofrecer un dorso de sus días, ni un quiosco entre las nubes. Siguen allí, con sus cuellos de oca, impenetrables, con acalabramiento largo entre los dedos y una vida impalpable de mínimos latidos.

Algunos siglos antes Johann W. Goethe, en su drama *Goetz von Berlichinger, el Quijote suavo de la mano de hierro,* que quería lograr la justicia, la igualdad y la libertad de los oprimidos fuera del «derecho establecido», expresaba acerca de ellos opiniones del mismo pulso, aunque diferente tenor argumentativo y contexto: el de los tribunales.

En la escena X del acto II se hace presente el derecho en la forma negativa de las acciones judiciales. En una boda de campesinos, Selbitz, del grupo de Goetz, enfrentado con los príncipes, el Obispo y Weislingen, considera un escándalo la rapiña de los asesores, y la sentencia confusa. Le pregunta al padre de la novia la duración del pleito con el ahora novio, recibiendo como respuesta: «Pues sus ocho años. Y antes querría que me tuviesen tostado al fuego otro tanto de tiempo que no volver a las andadas. No sabéis lo que hay que sudar para arrancarles por fin un fallo a estos tíos de las pelucas. Y después de todo, pescar una sentencia que reconocía a ambos el mismo derecho, con lo que siguieron como dos papanatas hasta que Dios le inspiró la feliz idea de cederle al contrincante su hija y las tierras objeto del litigio también. Sólo el asesor se le llevó sus buenos dieciocho florines de oro, y al novio otros quince. Lo que mueve a Selbitz a la siguiente reflexión: ¡Y nos llaman bandidos a nosotros!».

Pero, paradójico o no, lo cierto es que Goethe había seguido la vocación de su padre por el derecho, y recibido la influencia de Winckelmann, conectándose con la antigüedad clásica por la «vía romana». Estudiante de derecho romano en Leipzig y Strasburg, lo aplicó como ejercicio profesional en el Tribunal Cameral del Imperio de Wetzlar, y con Goetz von Berlichinger conforma la única pieza del teatro universal en la que se discute sobre el Código de Justiniano, el Corpus Juris y el derecho romano.

En la escena IV del acto I, Olearius, en el Palacio Episcopal de Bamberg, califica al Código de excelente, una compilación de todas las leyes. Para lo que pudiera parecer dudoso, ahí están, alega, las glosas con que los más doctos varones (recordemos a Bartolo de Sasoferrato, Cino de Pistoia y Baldo) realzan la obra que incluye, impliciter, los diez mandamientos. Precisamente la crítica que desliza al Consejo es que lo desempeñan suje-

tos que están en ayunas respecto del derecho romano, se atienen a la tradición y a unos pocos estatutos y, para resolver los asuntos de leyes, creen que basta haberse formado, mediante los años y la experiencia, una idea exacta del estado interior y exterior de la ciudad. (Véase de Roberto Rey Ríos, *Goethe y el Derecho Romano*[5], publicado por Abeledo Perrot y que constituye uno de los pocos trabajos en lengua castellana que da cuenta de este vínculo de Goethe con el Derecho Romano).

Es obvio que la conexión entre derecho y literatura está muy lejos de agotarse con la pieza comentada de Goethe. Alrededor de este mismo autor, cometeríamos la imperdonable omisión de no citar la obra que le abrió el Olimpo, el *Fausto,* no menos que la homónima de Christopher Marlowe, quien escribió las dos primeras tragedias del teatro inglés, si se toma en cuenta también *Tamerlán el Grande.* En estos textos (ambos Faustos) se dan noticia de la realización de contratos que hoy serían considerados nulos con ajuste a derecho[6].

En la del dramaturgo inglés está también la vida, la tragedia y la muerte del sabio de Wittenberg, ebrio de ciencia y presunción, cuyas alas de cera volaron a zonas prohibidas, pero también está la ley, el contrato basado en la libertad del individuo, que aparece ya en la escena segunda del primer acto:

«Fausto:... ¡Adiós medicina! ¿Dónde está Justiniano?/Si se deja en herencia un mismo objeto a dos personas distintas, la una se quedará con él y se pagará a la otra el valor del mismo... Tal es el tema de las Instituciones/y de todo el cuerpo de la Ley!/Disciplina más propia de un ganapán a sueldo,/que a nada aspira sino a la hojarasca externa, demasiado mezquina y servil para mí. /Excluido lo demás, sólo resta la Teología/...».

Pero no es con ésta que Fausto espera satisfacer sus ilimitadas facultades, paralelas a las que Calígula, embriagado de poder, le expresaba a Cesonia en la obra del mismo nombre de Camus: apartar la luna de su órbita, cubrir los continentes con el océano, incurrir en la muerte eterna, responder a cuanto se le pregunte, asesinar a sus enemigos, asistir a sus amigos, vivir todos los placeres. No es con la teología, precisamente, sino con la magia y

---

[5] Esta obra fue publicada por Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960. Según Rey Ríos, lo que nos manifiesta esta obra dramática con toda claridad es la lucha de Goethe por su personalidad, lucha que es ácrata, pues el individuo no reconoce leyes restringentes sino que quiere vivir bajo su propia ley. «Goetz tiene por su ideal que nadie necesite gobernar y nadie obedecer... El drama, aunque creado en forma caótica a los 22 años, contiene su credo político de revolucionario y ácrata "al que el viejo olímpico" de Weimar permaneció fiel hasta su muerte».

[6] Johann W. Goethe, *Goetz von Berlichingen. El de la mano de hierro,* Obras Completas, tomo IV, Aguilar, 1991, pg. 985. *Fausto,* pg. 773, op. cit. Christopher Marlowe, *La trágica historia de la vida y la muerte del doctor Fausto,* Edición Cátedra, Madrid, 1984.

con la ayuda pactada de Lucifer asistido por Mefistófeles. Pues la Filosofía es odiosa y oscura, las Leyes propias de cerebros escasos y la Teología la más rastrera de las tres. Nada de lo cual se puede lograr sin la firma del pacto, que se preanuncia en el Acto II:

«Fausto:... Pues mira (se hace un corte en el brazo). Por amor a ti Fausto, se hace un corte/ en el brazo y con su propia sangre afirma/que su alma pertenece al gran Lucifer,/sumo Señor y Regente de la noche perpetua./Fíjate en esta sangre que gotea de mi brazo./¡Que ella sea propicia a mis deseos!...»

«Mefistófeles: Pero redáctalo, Fausto/ con las fórmulas de una escritura de donación».

«Fausto: Sea. (Comienza a escribir)...»

Por supuesto, alrededor de estas obras, incorporadas al patrimonio de la cultura de occidente, como asimismo de *El Mercader de Venecia* de Shakespeare, con su relación contractual de la garantía de una libra de carne celebrada entre Antonio, en favor de Basanio, y Shylock, haciendo innecesaria la sagaz astucia de Portia, pero privando al mismo tiempo de todo efecto dramático a la obra, se ha producido en el campo crítico-literario un abundante material depositado en libros, artículos, monografías, tesis de doctorado, con pluralidad de interpretaciones sobre las condiciones contractuales que reflejan los textos.

Uno de los críticos a quien veremos luego enfrascarse en las polémicas cognoscitivas -aludo a Richard Posner-, luego de desarrollar el punto con amplitud, resume su opinión de esta forma: «Pero todo lo que deseo argumentar aquí es que Shakespeare celebra valores maduros como Homero, y en menor proporción Cozzens, pero no Camus en *El Extranjero,* y que estos valores implican una perspectiva del derecho en que el impulso primitivo de venganza y el más temprano estado formalista del derecho, son rechazados en favor de una más flexible o equitativa jurisprudencia, pero sin abrazar la ilusión de que la sociedad puede reemplazar el derecho con valores trascendentales. En cierta forma Shakespeare otorga a Shylock ciertas buenas líneas contra Antonio. No se debe olvidar la comparación de Antonio con un publicano servil (I.3.38). Hay algo que no es por entero saludable en Antonio *-después de todo él firmó la garantía.* Pensamos, creo, dar sentido a una afinidad entre él y Shylock, a despecho de los muchos puntos de oposición que los separan».[7]

No me parece aceptable esta opinión, que resulta en cambio muy coherente en el portavoz, más importante, con Gary S. Beeker, de la Escuela Eco-

[7] Richard A. Posner, *Law and Literature. A Misunderstood Relation,* Harvard University Press, Cambridge, 1988, pgs. 95-99.

nómica del Derecho[8], en razón del casi exclusivo sentido economicista que la distingue. Aquí no habré de discutirla a fondo, dado los límites de este trabajo, como tampoco discutiré, por los mismos motivos, *El Rey Lear y Ricardo II.*[9] La opinión de Posner es, en cambio, suficiente prueba de una fracción de la enorme masa de material en que se entrecruzan literatura y derecho.

Llegados a este punto, una pregunta se hace visible: ¿acaso el enlace que se quiere ver entre derecho y literatura no será un simple expediente para mitigar esa mala impresión que poetas de la talla de los mencionados, y quizá en impensada revancha histórica contra Platón que los excluía de la ciencia, tenían del derecho y los juristas? ¿Un bálsamo quizá frente a ese negativo dictamen no sólo de estos poetas, sino también de una opinión pública muy generalizada? Creo, no obstante, que algo más ronda alrededor de esta propuesta y está relacionada con las cuestiones teóricas que venimos anunciando. De hecho la literatura se encuentra inundada de casos en que cuestiones legales cobran cuerpo. Existen ciertamente en las obras literarias múltiples y diversos temas relativos a la vida, la muerte, el crimen, la religión, la guerra, la familia y otras.

Dimos simplemente algunos ejemplos, muy aislados, de aquellos aportes que incorporan estas cuestiones jurídicas. Al que desee un testimonio más extendido de esta situación, le bastará recorrer los textos de Homero, Esquilo, Eurípides, Sófocles, Kleist, Dickens, Dostoievsky, Twain, Kafka, Camus, Melville, Zola, y los ya recordados Goethe, Marlowe y Shakespeare. Entre el derecho y la literatura, no menos que en el teatro, pues muchas de sus obras han sido llevadas a la escena, se tejen líneas elaboradas con hilo procedente de la otra bovina. En el cine y la televisión, a su turno, los juicios ante los Tribunales con jurados cuentan con especial inclinación del público, como lo explica Wilfrid R. Prest en *The Rise of the Barristers. A Social History of the English Bar.* «Los procesos legales, en efecto, tienen una dimensión escenográfica que justifica -observa Posner- que escritores de ficción como Sybille Bedford, Truman Capote, Rebecca West y Renata Adler, hayan dedicado sus talentos a describir los tribunales reales».

Muchos cuerpos de literatura se refieren a cuestiones de justicia, de la pena en juicios criminales, y la corriente utilitarista liderada por Jeremy

---

[8] Posner, junto con Becker, es uno de los más importantes representantes de la Escuela Económica de Chicago. En *La Problemática del Castigo. El discurso de Jeremy Bentham y Michel Foucault,* Buenos Aires, Hachette, 1983, desarrollo aspectos de esta Escuela. Como veremos más adelante, Martha Nussbaum, en su libro *Justicia Poética,* de la editorial Andrés Bello, Buenos Aires, 1997, le formula una profunda y acertada crítica, que comparto.

[9] Aludo a Ricardo II, aunque superficialmente, en *Papeles de Filosofía II,* Biblos, Buenos Aires, 1997, en el art. «Las ficciones de legitimación en el derecho, y la política. De la sociedad medieval a la sociedad contractual».

Bentham considera que son razones de utilidad que la convalidan, o sea, sus consecuencias valiosas para la prevención del delito o la disuasión *(deterrence)* de futuras acciones dolosas o culposas. El retribucionismo, por su lado, estima que la única razón que justifica la pena es la justicia lograda estricta y únicamente a través de la retribución (Kant). El reproche del utilitarismo al retribucionismo consiste en que, detrás de su argumento de justicia, lo que oculta es una simple cuestión de venganza.

He aquí un punto que ha llenado páginas y páginas de la literatura, a partir de las cuales el derecho está en condiciones de obtener conceptos apropiados. Páginas insertas, además de en las tragedias griegas, en *El Cid, El Proceso, Rojo y Negro, los Pick-wick Papers, Una tragedia Americana, El Motín del Caine* y otras piezas.

Entre los casos de venganza, existe uno, por demás paradigmático. Agamenón, repasemos *La Iliada,* había robado a Aquiles a su cautiva Briseida y desea restaurar heridas, calmarlo e incorporarlo a la lucha contra los troyanos. Pero ningún ofrecimiento apacigua su ira. Ni su devolución, ni la promesa de no haber subido nunca a su lecho, ni los diez talentos de oro, ni las veinte calderas, ni los siete trípodes aún no puestos al fuego, ni los doce corceles vencedores en los juegos, ni las siete mujeres lesbias primorosas en labores, ni otras futuras como hacerlo su yerno, honrarlo igual que a Orestes, su hijo menor, darle a elegir entre las tres hijas que habían quedado en el Palacio, llenar su nave hasta hartarse de riquezas si los dioses consentían destruir la hermosa ciudad de Príamo, darle siete populosas ciudades, unas junto al mar, otras abundantes en viñas y las veinte troyanas más hermosas, bastaron para calmar la cólera del hijo de Peleo. Para Ayax rechazar semejante oferta es «puro espíritu de venganza» de un misógino y anacoreta, que Aquiles visualiza, por su lado, como retribución, espíritu de justicia.[10] ¿Cuál es el parámetro que separa el espíritu de venganza de la compensación, como ingredientes de la retribución? He aquí un problema a caballo de la literatura y el derecho implantado en las causas judiciales desde la más remota antigüedad.

Por otro lado, los jueces y los juristas ponen y deben depositar profunda atención en la selección de las palabras en que se expresan como en el uso de las metáforas y las similitudes que emplean en sus prácticas, y nadie pone en duda que una profunda versación literaria aplicada a sus respectivas labores los alejará de su condición de «hombres del papel sellado», permitiéndoles tomar la delantera en un momento en que la teoría de la argumentación y la retórica ocupan un lugar significativo en la teoría y la crítica jurídicas.

[10] Homero, Ilíada, Libro I, UNAM, 1996.

Demos paso ahora a las cuestiones teóricas planteadas por filósofos, teóricos del derecho y críticos literarios, en el interior de esta problemática.

III. La cuestión teórica del puente entre derecho y literatura

Este puente ha sido considerado a través de una serie de puntos, siendo el central el problema de la interpretación de los textos jurídicos y los literarios. Hablar de interpretación y hablar de quien en la filosofía contemporánea es su más fiel cultor, Hans-Georg Gadamer, desarrollando sus ideas más básicas de *Verdad y Método,* es un requerimiento previo.

En el capítulo 10 de su obra nos indica: a) que la interpretación no es un acto complementario y posterior a la comprensión. Comprender es siempre interpretar, siendo la interpretación la forma explícita de la comprensión. b) que la aplicación es un momento integrante del proceso hermenéutico, tan esencial como la comprensión y la interpretación. Comprender es aplicar. En el caso de un texto jurídico, su conocimiento y aplicación a un caso concreto no son dos actos separados, sino un proceso unitario. La interpretación plantea una tensión entre los interlocutores en un vínculo diádico; o entre el lector y el texto a interpretar por un lado y, por el otro, la situación cambiante en que se trata de entenderlo. Buena parte de esta tensión se juega en la relación temporal pasado-presente. El sentido de la ley en su aplicación normativa no es, en principio, algo distinto del sentido de algún otro tema, tal como se hace valer en la comprensión de un texto.

Este segundo segmento le da la puerta de entrada para su tercer principio esencial: e) la unidad frente a la diversidad de los textos. «El caso de la hermenéutica jurídica no es por lo tanto un caso especial, sino que está capacitado para devolver a la hermenéutica histórica todo el alcance de sus problemas y reproducir así la *vieja unidad* del problema hermenéutico en la que vienen a encontrarse el jurista, el teólogo y el filólogo».

Ahora bien, la unidad de la hermenéutica excede estas tres dimensiones. La literatura, y la estética en general, no dejan de estar presentes en el marco hermenéutico gadameriano. La literatura no sólo aparece en el capítulo 10, que seguimos, en relación a lo jurídico, sino que es objeto de una serie de artículos recopilados en *Estética y Hermenéutica.*[11] Para Gadamer el concepto de interpretación llega a su plenitud allí donde el sentido de un texto, cualquiera que fuese la disciplina a la que perteneciere, no se comprende in-

[11] *Verdad y Método* fue publicado por la colección Sígueme de Salamanca en 1977 y *Estética y Hermenéutica* por Tecnos, Madrid, 1996, compilación de una serie de artículos, con el siguiente acápite de su autoría que lo enfrenta a Habermas, por su crítica a la Modernidad: «En este momento de nuestra historia, el significado filosófico del arte reside principalmente en el modo de pensar de la filosofía. Así, cada recuerdo del arte es un correctivo a ese carácter unilateral de la orientación moderna del mundo».

mediatamente, allí donde no se quiere confiar en lo que un fenómeno, sobre todo llevado a escritura, representa inmediatamente. Para el historiador, por ejemplo, es un supuesto fundamental que «la tradición» debe ser interpretada en un sentido distinto del que los textos, y añadamos la intención de sus autores, pretenden por sí mismos.[12]

En una primera mirada la literatura parece llegar a su extremo de liberación respecto de toda ocasión y contingencia que aún afectaba a la declaración pública (o a la puesta en escena). De cualquier libro, y no específicamente de éste sólo, puede decirse que es para todos y para ninguno. ¿Pero es éste, se pregunta nuestro autor, el concepto correcto de la literatura? ¿El espacio-imago que genera, es un espacio de *fanciful imagination,* descomprimido de toda captación comprensiva? La existencia de la literatura no es la permanencia muerta de un ser enajenado que estuviera entregado a la realidad vivencial de una época posterior, en simultaneidad con ella. La relación presente/pasado, y su modo de desentrañarla por la hermenéutica, está tanto presente en la literatura como en la materia jurídica (la filología, la filosofía, etc.).

Ahora bien, ¿cuál es el modo de desenraizar esa relación presente/pasado? En *Estética y Hermenéutica* Gadamer expresa su punto de vista, aludiendo al arte en general: «la realidad de la obra de arte y su fuerza declarativa no se dejan limitar *por el horizonte histórico originario en el cual el creador de la obra y el contemplador eran efectivamente simultáneos.* Antes bien, parece que forma parte de la experiencia artística el que la obra de arte siempre tenga su propio presente, que sólo hasta cierto punto mantenga en sí su origen histórico y, especialmente, que sea expresión de una verdad que en modo alguno coincide con lo que el autor espiritual de la obra propiamente se había figurado».

A esto le podemos llamar indistintamente imaginación creadora del genio o, desde la mirada del contemplador, inagotabilidad conceptual de toda declaración artística. La literatura es una función de la conservación y de la transmisión espiritual que, a cada presente, aporta la historia que se oculta en ella. Pero hay que entender bien esta función ya que no se limita a conservar lo que hay, sino que lo reconoce como patrón y lo transmite como modelo. *Está siempre referida al receptor.*[13]

---

[12] La crítica de Jürgen Habermas al concepto de tradición e historia en Gadamer, frente al cual propone el de «reflexión», consta en mi artículo «La interpretación de la ley» agregado a *Materiales para una teoría crítica del derecho,* AAVV, Editorial Abeledo-Perrot, 1991.

[13] En tierras germánicas se desarrolla en este siglo una de las más importantes corrientes que remite al receptor, o sea al lector del libro en literatura, o a los jueces en el medio jurídico, los derechos sustanciales de la interpretación. Se la conoce como *Estética de la Recepción* y son sus cultores más destacados Hans Rober Jauss, Wolfgang Iser, Bernard Zimmerman des-

Nada distinto ocurre con el derecho y su interpretación, en donde también aparece un lector con un texto ante sus ojos. Tampoco aquí este lector leerá simplemente lo que el texto pone en el pasado para él, conforme a su sentido originario. En toda lectura jurídica tiene lugar una aplicación y el que lee un texto se encuentra también él dentro del mismo, conforme al sentido que percibe *a novo*.

No obstante, ocurre con el jurista que entiende el texto en continuidad y con la transmisión histórica del sentido original en el presente. Si intenta realizar la pervivencia del derecho, lo hace como un *continuum* para salvar, a la manera dogmática, la idea jurídica. ¿Qué otra cosa sino esta tarea, que excluye la auténtica hermenéutica, se propusieron Savigny y Schleiermacher, confundiendo sentido jurídico con sentido histórico de la ley? El primero, entendiendo en *System des römischen Rechts* la tarea de la hermenéutica jurídica como puramente histórica. El segundo, no viendo problema alguno en que el intérprete se equipare con el lector originario, ignorando, ambos, por ende, la tensión entre sentido jurídico originario y actual. Mientras que Ernst Forsthoff puso las cosas en su adecuado sitio, mostrando que por razones jurídicas es necesario reflexionar sobre el cambio histórico, ya que sólo éste permite distinguir entre el sentido original del contenido de una ley y el que se aplica en la praxis jurídica.

Ello, prestemos atención, no quiere decir que el jurista no se refiera siempre a la ley en sí misma. Lo que quiere decir es que su contenido normativo tiene que determinarse respecto al caso en que acaece la aplicación. Y aunque no cabe prescindir de un conocimiento histórico del «sentido originario», no le es dado, ni está obligado a sujetarse a lo que los protocolos parlamentarios le enseñarían respecto a la intención de los que elaboraron la ley. Por el contrario, tiene que admitir que las circunstancias han ido cambiando y que la función normativa de la ley debe ir determinándose de nuevo.

Los focos centrales de Gadamer que hemos explicitado, a saber, *comprender es siempre interpretar; comprender es aplicar; y la unidad de la hermenéutica,* se convierten en un marco general que orienta, en mayor o menor grado, a los teóricos del derecho y a los de la estética, que aceptan el habla sobre el puente derecho/literatura. Veamos algunas de sus observaciones, comenzando con las procedentes del derecho, las de Richard A. Posner y Ronald Dworkin, advirtiendo que el marco de las ideas de Gadamer no es aceptado *in totum,* sirviendo, más bien como guía global, como pará-

---

de el campo marxista, Hans Ulrich Gumbrecht, y Odo Marquard. Publican en Wilhelm Fink Verlag la importante colección *Poetik und Hermeneutik,* cuyo tomo X está destinado a *Funktionen der Fiktiven.* Esta escuela habrá de jugar un relevante papel en el tema interpretativo, enfrentando la tesis opuesta de la interpretación concedida como derecho exclusivo «al autor». Desempeña un papel antifundacionalista, sustentado en el autor.

metros sin los cuales no sería factible ni siquiera intentar la arquitectura del puente en estudio.

En *Law and Literature. A Misunderstood Relation,* el exhaustivo y precioso libro -ante citado- sobre el tema, aunque pleno de eclecticismo, Richard A. Posner[14] «parte de un poema de Wordsworth, para afirmar que el poeta, igual que el legislador, conoce que los cambios distantes en una cultura y sociedad no pueden ser previstos. Quizá las intenciones de Wordsworth fueron crear una obra de literatura y sabemos que, para que una obra de literatura sobreviva debe, en forma semejante a una provisión legal o constitucional, ser hospitalaria con el cambio social y cultural. Si se insiste en que el único significado de una obra arte es uno consistente con la comprensión del artista que la creó, no se logra ir más allá de una estricta actividad pedagógica. En verdad, constituye una proeza académica -que no requiere más que una vida de estudio disciplinado y, quizá, inalcanzable-, penetrar en la mente de la antigua Grecia o del renacimiento inglés, al margen de toda la devoción y esfuerzo que se ponga en la tarea.

Pero no se necesita ser un epígono de Gadamer -afirma Posner- para concordar en que, leyendo literatura de otra cultura, no es factible renunciar a su propia identidad cultural. La comprensión (Verstehen), como la traducción, es mediación y no reconstrucción. Lo que no implica un handicap completo, pues los contemporáneos del autor no siempre se encuentran en condiciones de comprender una obra de arte como lo hacen miembros inteligentes de otra cultura posterior. El siguiente párrafo concreta este hilo de razonamiento: «El conocimiento de la historia de los irlandeses, los judíos, y los negros, podría muy bien ayudar a entender aspectos de Easter 1916,[15] el poema de Yeats, El Proceso y Otelo, que sus autores y audiencias originales no habrían entendido».

No sólo por esta coincidencia interpretativa, Posner piensa que con Gadamer culmina la escuela germánica de la hermenéutica, sino que Nietzsche es el más importante andamiaje a la interpretación-del-lector, en la crítica literaria.

En efecto; si «el mejor significado» fuese el que sólo la historia literaria estuviese habilitada para recubrir a través de proezas heroicas de la investigación y la imaginación, ¿cómo podríamos estar seguros sobre cuál es el significado que el autor se propuso? ¿Habrían deseado Homero y Shakespeare la preservación y conservación de sus obras únicamente por los scho-

[14] El libro alude a Gadamer en las pgs. 236 y 239.

[15] Se refiere al poema de Yeats, cuyo título y referencias oblicuas revelan su sentido acerca de la rebelión irlandesa de Easter durante la primera guerra mundial, reprimida con fiereza por las tropas británicas.

lars? El concepto de intención del autor en literatura, sostenido por Hirsch, Juhl y otros intencionalistas, se hace de más en más evanescente.

Pero dejemos este problema de la intencionalidad para un trato posterior, pues lo que de momento nos concierne es cómo el marco general de ideas de Gadamer brinda sólido apoyo a los juristas y hombres de letras que simpatizan con el tendido del puente entre ambas disciplinas.

No obstante, antes de cerrar esta cuestión de la intencionalidad, brindemos un corto espacio a uno de los puntos que le sirven a Posner para marcar una distinción, que considera indiscutible, entre lo literario y lo jurídico.

En efecto, dice, un poeta trata de crear una obra de arte, por ejemplo Wordsworth con «A slumber did my spirit seal», o sea, algo estético, hermoso y placentero. Si tiene éxito, no nos preocupamos de cuán banales fueron sus intenciones, si fracasa tampoco nos preocupa lo elevadas que fueron. La legislatura, sin embargo, está dando mandatos a sus subordinados en nuestro sistema de gobierno, es decir, a los jueces que deben aplicar la legislación en casos específicos.

Un mensaje cualquiera, se propone, por cierto, instalar una *cadena directa* entre la mente del que lo emite y la de quien lo recibe. La orden, por el contrario, no opera a la manera de un mensaje para ser decodificado, en un sistema de comunicación, de acuerdo con las intenciones del remitente. Si un mensaje llega ser falseado en la transmisión, pides que el remitente lo repita. Si no puedes alcanzarlo, tratas de indagar, a partir de todo lo que conoces de él y de las circunstancias del fracasado mensaje, qué pudo haber significado, ya que un correcto análisis es intencionalista. Una de las cosas que da al intencionalismo su fuerza en la crítica literaria es la fascinación romántica con la personalidad del artista, o sea, la concepción romántica de la obra de arte como una emanación más que artefacto. Pero, en cambio, una ley, un estatuto, es una emanación, una condición de su autoridad.

De todos modos, Posner no habrá de limitar, insistamos en ello, su distinción entre lo jurídico y lo literario a este aspecto. Pero antes de considerar los otros puntos importantes de su disidencia, pasemos, ahora, a examinar cómo el pensamiento de Dworkin, el otro jurista, está ligado al marco de Gadamer.

Las obras en que Ronald Dworkin se ocupa de derecho y literatura son *A matter of Principle, Law's Empire* y *Taking Rights Seriously*[16], y específicamente de Gadamer en el segundo. En un segmento de este texto, «El ar-

[16] El primero fue editado en 1985 por Harvard University Press, London. Los segundos cuentan con traducción castellana: *El Imperio de la Justicia,* editorial Gedisa, 1992, y *Los derechos en serio,* editorial Planeta Argentina, 1993. Mis citas responden a estas ediciones en español, salvo en el caso del primer libro.

te y la naturaleza de la intención», Dworkin se pregunta si la interpretación artística es inevitablemente el descubrimiento de las intenciones del autor (Frisch, Juhl), y si este descubrimiento constituye un proceso objetivo independiente de los propios valores del intérprete. La interpretación, responde, no es sólo el hecho de recuperar la intención de un autor si entendemos que intención significa un estado mental consciente. El objetivo de la interpretación artística, asunto complejo y problemático, no es siempre identificar una idea consciente en la mente del autor cuando dijo, escribió o hizo lo que hizo. La cruda concepción del «estado mental consciente» no es un paraguas, un *umbrella* que proteja todo el tema de la interpretación. Por eso cuando Gadamer habla de la intención su expresión admite cualificaciones en Dworkin, que lo conducen más que a descubrir la intención del autor (teoría que Dworkin rechaza), a encontrar un valor en lo que ha hecho.

El teatro proporciona una buena muestra. Su remisión es al poli-mencionado ejemplo de *El Mercader de Venecia,* que hoy en día (recordemos que efectivamente así lo hizo Posner) debe encontrar en una audiencia contemporánea el complejo sentido que en Shakespeare y su público tenía la figura de un judío, de modo que su interpretación debe unificar dos períodos de «consciencia» adaptando una cultura muy diferente a una historia distinta. Si logra hacerlo, su interpretación de Shakespeare será muy distinta de la que para él tenía ese personaje. La fidelidad presente a las opiniones más concretas del autor puede convertirse en una traición a sus propósitos artísticos más abstractos. Y la aplicación de ese propósito abstracto no constituye un ejercicio histórico y neutral sobre la reconstrucción de un estado mental del pasado.

Para Dworkin existe una complicada relación entre la intención y el valor del arte. Las obras de arte se presentan poseyendo un valor del tipo que denominamos estético. Esta forma de presentación forma parte de la idea de la tradición artística; y le permite avanzar una de sus posiciones en materia de interpretación constructiva, que apunta a hacer de ella la mejor lectura de aquello que se interpreta (aunque a veces se busca, se intenta «hacer aparecer» tal situación).[17] Pero Dworkin trata de ser cuidadoso y no desea que se

[17] En su lectura de *Law's Empire* de Dworkin, Françoise Michaut sostiene que suponer que hay que dar a las prácticas jurídicas la mejor lectura posible y no verlas como son, invita al juez a escoger lo que va a mejorar la calidad del producto. Equivale a pensar que el derecho es naturalmente bueno y que sólo la maldad del hombre puede pervertirlo, lo que ha movido a considerar a Dworkin un iusnaturalista. El «criterio de la conveniencia», o de «a convenance», propio de la coherencia narrativa, implica que el juez debe decidir el caso con la ayuda de una regla que resulte de la mejor interpretación de la historia jurídica pasada. Este criterio ha envuelto a Dworkin en una polémica abierta con Neil MacCormick y A. Aarnio, que Jacques Lenoble, apoyando al primero, desarrolla en «La théorie de la cohérence narrative en droit», *Archives de Philosophie du droit,* Sirey, París, tomo 33.

lo malinterprete: «No estoy diciendo que la teoría de la intención del autor de la interpretación está equivocada (o es correcta) sino que si es correcta o incorrecta y lo que significa (mientras podamos pensar sobre estas cuestiones dentro de nuestra propia tradición de crítica) debe abrir la posibilidad más fundamental de indagar por qué las obras de arte tienen el valor que presupone su presentación... La situación interpretativa no es un principio de Arquímedes, tampoco es lo sugerido por la idea de que el objeto de la interpretación es hacer parecer de la mejor manera posible aquello que se interpreta. Una vez más apelo a Gadamer, cuya descripción de la interpretación, a pesar de luchar en contra las restricciones de la historia, da en la nota exacta».

Ahora bien, en el ámbito de los críticos literarios, a su turno, Gadamer sigue siendo referente obligado, al margen de que las opiniones difieran entre ellos y, a su vez, con los teóricos del derecho.

Comencemos por el análisis de Stanley Eugene Fish en *Doing What Comes Naturally,* un volumen que, conforme a su subtítulo, es dedicado al cambio, la retórica y la práctica de la teoría en la literatura y los estudios legales.[18] Este texto ubica al filósofo alemán en el grupo de los antifundacionalistas. El antifundacionalismo nos enseña que las cuestiones de hecho, verdad, corrección, validez, y claridad, no pueden ser planteadas, ni contestadas, en referencia a algo extracontextual, ahistórico, realidad no-situacional, regla o derecho o valor. Todas esas cuestiones son inteligibles o discutibles sólo en el interior de precintos de los contextos o situaciones, o paradigmas o comunidades, que les dan su forma local y cambiable. El antifundacionalista no reemplaza los componentes de la pintura del mundo fundacionalista con otros componentes. Lo que hace es denegar a estos componentes la estabilidad, independencia, e incluso la identidad que les es necesaria si ellos deben ser pensados como fundamentos o anclas. Entidades como mundo, lenguaje, Yo, pueden todavía ser nombradas y los juicios de valor que tienen que ver con la validez, facticidad, precisión y propiedad, junto con los procedimientos por los cuales pueden ser identificados, serán inextricables, inseparables, de las circunstancias sociales e históricas en el interior de las cuales deben obrar. La concepción fundacionalista ya no se sostiene: todo lo que hay en este tipo de discurso se ha convertido en dependiente irreductiblemente de lo histórico, lo contingente, lo variable y lo

[18] Texto editado en 1989 por la Duke University Press. Extraigo la observación sobre Gadamer, y los otros antifundacionalistas, de la página 345. Véase, asimismo, *Is There a Text in this Class?,* Harvard University Press, Cambridge, 1980. Sobre la problemática literaria *Narratology. Introduction to the Theory of Narrative,* de Mieke Bal, University of Toronto Press, 1885, y sobre narración y derecho, *Constitutional Law as Fiction. Narrative in the Rhetoric of Authority* de L. H. La Rue, Pennsylvania State University Press, 1995.

teórico. El fundamentalismo yace en ruinas, pues lo que afirma que lo trasciende, en realidad, lo implica.

Los argumentos antifundacionalistas se extienden a varias disciplinas, en sus más diversas vías. Fish coloca a Gadamer en este grupo, junto a Richard Rorty, Hilary Putnam, W.V. Quine en filosofía; Clifford Geertz y Victor Turner en antropología; en historia Hayden White; en sociología la escuela de la sociología del conocimiento; en forma más reciente los endometodólogos; en hermenéutica Heidegger, nuestro autor y Derrida-, en ciencias del hombre Michel Foucault; en historia de la ciencia Thomas Kuhn; en historia del arte Michael Fried; en teoría jurídica Philip Bobitt y Sanford Levinson; en historia literaria Barbara H. Smith, Walter Michaels, Jonathan Culler, Terry Eagleton[19], Stanley Fish. La lista es interminable y Fish da un cuadro apropiado de cómo se encadenan las discusiones, resaltando, en particular, la cercanía de Gadamer con el deconstrucionismo de Derrida y Culler. Por supuesto el fundacionalismo ha contraatacado con ideas que no han dejado de convertirse en un estribillo, en una muletilla: lo que ofrece el antifundacionalismo es inconsistente, sus riesgos son la pérdida de la investigación racional y la comunicación exitosa.

Desde luego entre los fundacionalistas más extremos habrá que colocar a los positivistas herederos del fisicalismo. Al referirse a esta cuestión Israel Scheffler observa con acuidad que al sostener una racionalidad independiente de los contextos sociales y culturales, y sin el ancla de determinados hechos, el fundacionalismo pierde los controles, hace estéril la comunicación y convierte en una alucinación el universo común de las cosas. «...En lugar de una comunidad de hombres racionales en persecución de la verdad, tenemos un conjunto de mónadas aisladas en cuyo interior se forma la creencia sin constricciones sistemáticas».»[20]

Entre los críticos de literatura, uno de los más próximos al fundacionalismo, aunque rechaza el positivismo, es en cambio E.D. Hirsch, Jr., con su libro *Validity in Interpretation,*[21] quien dedica el Apéndice II, completo, para refutar la teoría de la interpretación de Gadamer, y combatir la tesis de lo que llama el destierro del autor, «the banishment of the author».

Hirsch reconoce que el trabajo de Gadamer es el aporte más sustancial escrito en Alemania en este siglo, contra la preocupación del siglo XIX por la verdad objetiva y el método correcto planteada por la obra de Boeckh con

---

[19] De Robert A. Ferguson, jurista, es digno de verse su texto *Law and Letters in American Culture,* Harvard University Press, Cambridge, 1984, donde analiza, entre otros, textos de Jefferson y Lincoln.

[20] Israel Scheffler, *Science and Subjectivity,* Bobbs-Merrill, 1917, pg. 19.

[21] Publicado por la Universidad de Yale, en 1967.

su título sintomático *Encyclopädie und Methodologie der philologischen Wissenschaften*. Gadamer protesta contra la posibilidad de que exista una metodología de la interpretación textual ya que, al fin y al cabo, la interpretación no es una ciencia cuya meta sea el conocimiento objetivo y permanente. La verdad no puede residir, como piensa Hirsch junto a Boeckh, en la genuina recognición del significado del autor.

Para Gadamer semejante opinión se basa en un ideal ingenuo irrealizable, pues cada lectura del texto es una nueva y diferente cognición. En realidad, lo que el siglo XIX pasó por alto es la historicidad de la comprensión, y ya conocemos la firme idea de Gadamer: ningún método puede trascender la propia historicidad del intérprete, ninguna verdad puede trascender esta verdad central, ninguna interpretación relevante puede estar gravada por la intención original del autor.

Hirsch, obrando como fundacionalista, rechaza todos estos criterios que no tienden sino a desterrar al autor original. En la siguiente frase podríamos encontrar una buena síntesis de su pensamiento: «Así, cuando los críticos deliberadamente destierran al autor original, ellos mismos usurpan su lugar, y esto conduce infaliblemente a algunas de las confusiones teóricas de nuestro presente. Donde antes no debía existir más que un autor, ahora emerge una multiplicidad de ellos, cada uno acarreando tanta autoridad como el siguiente. Desterrar al autor original como determinador del significado era rechazar el único principio normativo, compulsivo, que podía asignar validez a una interpretación». Como se ve, Hirsch está hablando de literatura, pero no es casual que aparezcan en este segmento palabras como «normativo», «compulsivo», «validez», propias del vocabulario jurídico, ya que la interpretación actúa como problema-enlace entre derecho y literatura.[22]

Este tópico, el examen del sentido en que el pensamiento de Gadamer funciona como referente común de los filósofos del derecho y los críticos de la literatura, el grado en que funciona como un foco de atracción -lo que no excluye las críticas-, nos ha permitido, al mismo tiempo, ir desarrollando algunas de las ideas que se centran en nuestro tema, el del puente de las dos disciplinas, puente «extraño» en el uso que Monsieur Dupin daba a esta palabra y más que puente, quizá, una simple pasarela. Para ver si se trata, en todo caso, de una pasarela sujeta a oscilación, con riesgo de bambolearse a la más leve brizna teórica, de un puente sobre el río Kwai o de una estructura sólida, cabe ahora recuperar a nuestros autores en su *estudio directo* de esta problemática.

[22] Op. cit. pg. 5.

1. Comencemos por Ronald D. Dworkin

En las tres obras que citamos anteriormente, Dworkin se ocupa del problema de la interpretación en el derecho y en la literatura. Su posición es evitar dos puntos de vista que considera extremos e inapropiados: a) que al decidir un caso legal los jueces encuentran el pleno significado del derecho «just there»; b) que lo construyen por entero, conforme a sus preferencias personales o antojo.

Encontrar y construir son dos verbos que interpelan a dos situaciones muy disímiles. Encontrar, «find», lleva al intérprete a suponer que está exonerado de todo trabajo interpretativo, pues éste se agota en abrir los ojos al texto que está allí o que el legislador habría preparado, dándole por servida al juez la comprensión/aplicación del mismo (que en Gadamer eran la misma cosa).

Construir, hacer, realizar, *make up,* equivale a inventar de acuerdo con su preferencia, predilección, propensión o, incluso, cariño. Dworkin liga este argumento sobre la práctica legal con el mismo argumento de la práctica de la crítica literaria. No se olvida que en ambas disciplinas la cuestión básica es identificar *la fuente de la autoridad interpretativa* y que, en las dos, la respuesta que se da toma la forma típica de dos posiciones que rechaza.

Así como en la comunidad legal representantes de la primera opinión insisten en construir las decisiones estrictamente, o sea, atendiendo a las palabras mismas de la ley,[23] también los hay en la comunidad literaria que han insistido en que interpretación es, o debiera ser formulada, por lo que está en el texto (Hirsch). En forma análoga, en el derecho y la literatura está presente la posición opuesta: el realismo sostiene que las lecturas de los jueces son siempre racionalizaciones de sus deseos personales o su política, en tanto partidarios de la subjetividad crítica sostienen que lo que el lector ve es un mero reflejo de sus predisposiciones y prejuicios. El campo, como se advierte, está seccionado entre aquellos que creen que la interpretación está fundada *en la objetividad* y aquellos que piensan que los intérpretes son libres, para todos los intentos y propósitos.

A fin de flanquear ambas posiciones, Dworkin formula su propia posición, conocida como «la empresa en cadena», en la que se concibe a la interpretación como la extensión de una historia institucional hecha de innumerables decisiones, estructuras, convenciones, y prácticas. Así concebida no es puramente objetiva puesto que deja espacio para el desacuerdo, pero

[23] Recordemos la posición de Sebastián Soler (*Las palabras de la ley,* F.C.E., México, 1969) en la controversia con Genaro Carrió, de la que éste da cuenta con su sabia respuesta en *Algunas palabras sobre las palabras de la ley,* Buenos Aires, editorial Abeledo-Perrot, 1971.

tampoco es completamente subjetiva ya que el intérprete no debe proceder independientemente de lo que, en la institución, otros han hecho o dicho.

El ejemplo literario que ofrece Dworkin es una novela no escrita por un sólo autor, sino por un grupo de ellos, siendo cada uno responsable de la redacción de un capítulo separado. Los miembros dejan que la suerte determine quién habrá de redactar el primero (y los siguientes), y una vez hecho esto, el redactor del capítulo lo remite al próximo número, con el entendimiento que él, o ella, está agregando un capítulo a la novela más que comenzando una nueva y luego envía los capítulos al próximo número y así sucesivamente, hasta su terminación. Ahora bien, cada novelista, excepto el primero, tiene la doble responsabilidad de interpretar y crear, puesto que cada uno debe leer lo que se ha hecho a fin de establecer, en el sentido interpretativo, en qué consiste la novela así creada. Debe decidir qué son «realmente» los personajes, qué motivos de hecho los guía, cuál es el punto central o el tema de la novela que se está desarrollando, hasta qué punto algún recurso literario o figura, usado consciente o inconscientemente, contribuye a esto, y si debería ser extendido o refinado, orientado o abandonado, a fin de que la novela tome una dirección u otra.

Esta teoría ha recibido numerosas críticas, ante todo procedentes del campo de los fundacionalistas. Pero antes de abordarlas, integremos un poco más el panorama con sus ideas sobre la «chain enterprise», el puente entre derecho y literatura.

En el capítulo 6 de *A Matter of Principle,* a saber, «How Law is Like Literature?», retoma el tema con amplitud, lo que nos induce, aunque brevemente, a analizar algunos de sus principios y aspectos.

a)Si la interpretación tiene que formar la base de una teoría más plausible sobre las proposiciones del derecho, habrá que añadir un informe más inclusivo de lo que es. Lo que esto quiere decir es que los juristas no deben tratarla como una actividad *sui generis.* La debemos estudiar como una actividad general (el principio de la unidad de Gadamer), como un modo de conocimiento (el principio de Gadamer de que comprensión e interpretación es la misma cosa), atendiendo a otros contextos de esta actividad. Los juristas harían muy bien en estudiar literatura y otras formas de la interpretación artística. (Un consejo que Carrió, pese a su brillo y estar enfrascado en la temática, influido más por las cuestiones lingüísticas, no supo o no deseó escuchar)[24]. Dadas las controversias que separan a los hombres de de-

[24] Carrió, en el momento de la polémica con Soler, conocía profundamente a Dworkin. Véase de él «Dworkin y el positivismo jurídico», Cuadernos de Crítica, UNAM, n. 16. Por ello, conjeturo que no le interesó el enlace law-literature, al margen de su pertenencia al antifundacionalismo.

recho en materia de interpretación, esto parecería ser un mal consejo, pero son precisamente esas divergencias las que resultan de sumo interés para ellos. En la literatura se han defendido muchas más teorías que en el derecho y, en ello, se incluyen doctrinas que han cuestionado la alicaída discusión entre descripción y evaluación, que ha debilitado a la teoría jurídica.

b) Su interés no recae en saber cómo un autor usó una frase o una palabra, sino en el significado de una obra, como un todo. Sugiere, aquí, la aparentemente banal «hipótesis estética», que plantea así: la interpretación de una pieza de literatura intenta mostrar qué modo de lectura (o de expresión, dirección o actuación) revela al texto *como la mejor obra de arte*. Diferentes escuelas o teorías o tradiciones no habrán de estar conformes con ella, porque asumen diferentes teorías interpretativas acerca de qué es el arte, o para qué sirve, y qué hace a una obra de literatura mejor que otra. Pero la hipótesis estética no es tan débil ni relativista como puede parecer a primera vista.

c) Las teorías del arte no existen aisladas de la filosofía, la psicología, la sociología y la cosmología.

d) La hipótesis estética tiene la consecuencia de que las teorías académicas de la interpretación no habrán de ser vistas como ellas a menudo reclaman, a saber, análisis de la verdadera idea de la interpretación, sino más bien como candidatas para la mejor respuesta a las cuestiones sustanciales planteadas por la interpretación.

e) Dworkin despliega una amplia gama de argumentos contra el intencionalismo. Los intencionalistas, como Hirsch entre otros, hacen del estado mental del autor el centro de la interpretación. Pero no consideran ciertas complejidades en tal estado mental. Fracasan en apreciar cómo interactúan las intenciones «para» una obra y las creencias «acerca» de ella.

f) Existen misterios irresueltos en el intencionalismo, frente a los cambios en la intención del autor. El creador repentinamente ve algo «en» la obra que antes no había advertido. Por ejemplo, John Fowles en medio de la composición de *La mujer del teniente francés*. ¿Pudo, quizá, también haber cambiado cuando vio el film o la interpretación de Merryl Streep? Los intencionalistas eligen dos alternativas para estos casos. El autor piensa súbitamente que ha tenido una «intención subconsciente» previa, o bien que ha cambiado su intención más tarde. En este caso no puede atribuir el cambio al descubrimiento de su previa intención. El cambio no se ha producido confrontando su anterior Yo, sino simplemente la obra que él ha creado. La escuela intencionalista convierte el valor de una obra de arte en un estrecho y coactivo punto de vista de las intenciones del autor.

g) La interpretación literaria se propone mostrar de qué manera la obra puede ser vista como la más valiosa, de modo que debe atender a rasgos for-

males de identidad, coherencia e integridad, tanto como a cuestiones sustantivas de valor artístico. Ahora bien, una interpretación plausible de la práctica legal debe paralelamente satisfacer dos requisitos: adecuación a esa práctica y mostración de su punto o valor. Pero aquí, punto o valor, no puede significar valor artístico porque el derecho, a diferencia de la literatura, no es una empresa artística.

h) *El derecho es una empresa política que radica* en la coordinación de los esfuerzos sociales e individuales, o en la resolución de los conflictos sociales o individuales, o en asegurar la justicia entre los ciudadanos, o entre ellos y el gobierno. A partir del argumento paralelo en literatura, sabemos que esta descripción de la interpretación en el derecho no es una autorización para cada juez de encontrar en la historia doctrinaria lo que él piense (voluntariosamente) que debería estar ahí. La misma distinción se mantiene entre interpretación e ideal. La obligación de un juez es interpretar la historia legal que encuentre, no inventar una mejor historia. La dimensión del acuerdo fijará ciertos límites. Desde luego no hay ningún algoritmo para decidir si una interpretación se adecua suficientemente. Pero la elección sobre cuál, entre diferentes y cruciales sentidos de la intención del legislador o del hablante, es el apropiado, debe ser decidida por cualquiera a quien le toque decidir como una cuestión de teoría política.

i) De algún modo derecho, arte y política, están unidos en la filosofía.

Investiguemos, en este momento del desarrollo de nuestro trabajo, en qué forma el otro jurista que hemos puesto en el equipo de los que se permiten un discurso sobre el vínculo del derecho y literatura, el Juez Posner de la Cámara de Apelaciones de los Estados Unidos y profesor de la Facultad de Derecho de Chicago, teoriza sobre el mismo fenómeno.

2. Richard A. Posner o sobre cómo no conviene provocar a un economicista

Richard A. Posner es un intelectual muy difícil de clasificar. Quien lo dude que le pregunte a Martha Nussbaum, una de sus críticas, que ha de haber tenido mi propia sensación luego de la lectura de sus textos. Por un lado, es el jurista más acreditado de la escuela económica del derecho (*law and economics*). Por el otro, redactor de uno de los libros más pulidos e iluminados sobre literatura y el derecho. Es decir, una especie de portador de la doble personalidad de Dr. Jekill y Mr. Hyde, del relato de Robert Louis Stevenson. En su condición de autor de derecho y economía suscita rechazos, que compensa muy largamente con sus trabajos sobre lo que llama «una relación incomprendida», la del derecho y la literatura.

En ocasiones, Harry Jekill se horrorizaba de los actos de Edward Hyde, pero se tranquilizaba de inmediato, liberando su conciencia. Después de to-

do el culpable era Hyde, Hyde y sólo Hyde. El Dr. Jekill seguía siendo el mismo, volvía a sus buenas cualidades, para retornar de nuevo, por cierto, a las andadas. Por ejemplo, cuando con clon utilitarista reiteraba sus supuestos de que las personas son maximizadoras racionales de sus satisfacciones, a partir de las cuales se deducen sus conductas a captar por el derecho.

La novela *Tiempos difíciles* de Charles Dickens le sirve de símil a Nussbaum para comparar, sin proponérselo específicamente, al hombre de la doble personalidad con uno de sus personajes, Thomas Gradgrin.

En esta novela se desarrolla, irónicamente, una visión normativa de la vida no concebida sino como economía política científica, como imaginación política científica, a la manera en que lo hacía Jeremy Bentham[25] con su «felicific calculus». Pero mientras hasta un utilitarista clásico, como Bentham y Sidgwick, admite que la riqueza no es sinónima de felicidad, esta idea no pasa por la mente de la escuela económica del derecho. El infranqueable abismo que hay entre las desdichas de los unos y la satisfacción de los otros, algo de lo cual el derecho no puede desentenderse, no ingresa tampoco en sus cálculos irremediablemente cuantitativos.

Un pasaje de la novela impresiona sobre el modo en que Thomas Gradgrin hace valer su teoría en el seno de la familia, con sus propios hijos. Cuando Louisa, atormentada por su inminente boda con Bounderby, exclama «Padre, a menudo he pensado que la vida es muy breve», su desconcertado padre responde:

«-Sin duda es breve, querida mía. No obstante está demostrado que la duración media de la vida humana ha aumentado en los últimos años. Los cálculos de diversas oficinas de seguros, entre otras cifras que no pueden estar erradas, han confirmado este dato.

-Hablo de mi propia vida, padre.

-¿De veras? Aún así, huelga aclararte, Louisa, que tu vida está regida por las leyes que rigen las vidas de la suma total».

Ignorando el misterio y la complejidad de cada vida, el señor Gradgrin está dispuesto a medir cada porción de la naturaleza humana y decir exactamente a qué se reduce. La simple aritmética -digamos, a la manera de la lógica deóntica en el derecho- cree ciegamente que mediante procedimientos sumatorios o tabulados puede resolver todos los problemas.[26]

Posner-economicista, lo adelantamos antes, pertenece al grupo de los fundacionalistas -cuyas características no los diferencian en sumo grado

[25] A Jeremy Bentham también le corresponde esa doble personalidad, en él marcada por su doble condición de economista y filántropo. Una condición cada día más distanciada en el capitalismo tardío globalizado.

[26] Martha Nussbaum: *Justicia Poética,* pg. 49.

con los «fundamentalistas» teóricos-, es decir, de aquellos que se sienten seguros al ampararse en datos, contra los que estiman participan de ociosas fantasías. Posner-literario, al grupo de los antifundacionalistas, o como lo define él, al grupo de los no intencionalistas en literatura (permaneciendo como intencionalista en el derecho, y más por supuesto en el derecho económico). De acuerdo con esta bi-valencia, lo que hace el primero, el Mr. Hyde del *law-economics,* es usar esos datos no como necesarios para un pensamiento realmente racional, sino para implementar con ellos una operación dogmática, del tipo Gradgrin, incorporando el intelecto en una estructura que, al tiempo que prescinde de toda subjetividad, la subjetividad propia de los seres humanos, evapora de consuno lo social, y el contexto que modela aquella subjetividad, haciendo al hombre débil y a las distintas disciplinas que se ocupan de él incompletas, parcialmente mutiladas.

Los economistas, mejor aún «los economicistas», establecen, en efecto, una profunda brecha entre la razón y las emociones, dejando totalmente de lado la influencia que las emociones tienen en la propia construcción de las teorías, no menos que en las creencias y los juicios, como, a la recíproca, la influencia que las creencias y los juicios ejercen, a su vez, sobre las emociones. John Elster, Amartya Sen y la misma Nussbaum han estudiado muy bien estos aspectos y las consecuencias negativas de esta poda simplificada en los estudios.[27]

El análisis de esta última merecería un desarrollo más extendido del que se le puede dar, por lo cual me limitaré a enumerar algunos extractos: «la tradición del derecho no trata las emociones como fuerzas ciegas, que puedan anular la volición por su mera fuerza, sino como elementos del carácter de una persona. Se entiende que la gente es responsable de modificar sus emociones para integrarlas al carácter de una persona razonable... Las emociones son necesarias frente a la vulnerabilidad de la vida humana y de la necesidad de "bienes externos"... Si no existe la emoción, la creencia tampoco existe del todo... Así, los jueces o jurados que se niegan a sí mismos la influencia de la emoción, se niegan maneras de ver el mundo que parecen esenciales para aprehenderlo en plenitud. No puede ser (normativamente) racional pensar de esta manera aunque estemos haciendo economía... Los vínculos íntimos de amor y gratitud entre un hijo y sus padres, formados en la temprana infancia y alimentados en la niñez, parecen ser puntos de partida indispensables para desarrollar en el adulto la capacidad de hacer el bien en el mundo social. La represión de la emoción infantil, en

[27] Martha C. Nussbaum es una de las más competentes estudiosas del pensamiento griego. Puede verse en esta esfera *La Fragilidad del Bien. Fortuna ética en la tragedia y la filosofía griega,* Editorial Visor, Madrid, 1995.

cambio, puede lograr que las emociones retornen de manera más destructiva, genuinamente irracional... Si somos socialistas serios -dice Williams- a menudo encontraremos en el interior de esta sustancia real -siempre tan sorprendente y vívida en los detalles (alude a la narrativa realista tradicional)- las profundas condiciones y los movimientos sociales e históricos que nos permiten hablar con voz plena, de una historia humana».

Adam Smith, el fundador de la economía moderna, no creía, por su lado, que la racionalidad ideal estuviera desprovista de emoción. Escribió, como sabemos, *La Teoría de los sentimientos morales,* y desarrolló una racionalidad emocional: «Las emociones apropiadas, es decir, las que son puramente racionales, son útiles para mostrarnos lo que podríamos hacer, y además poseen su propio valor moral, como reconocimiento del carácter de la situación que enfrentamos. Más todavía, motivan una acción adecuada... Si no partimos de la "Fantasía" para interesarnos en esas figuras humanas, sintiendo compasión por sus sufrimientos y alegría ante su bienestar; si no valoramos la importancia de encarar a cada persona como un individuo con una vida singular, nuestra crítica de las emociones perniciosas carecerá de fundamento».[28]

De Posner, ya vimos en su momento su opinión sobre *El Mercader de Venecia,* soldada a su opinión de economicista. Pero existe otra obra, en esta línea, también citada por Nussbaum, en que su extremo-Hyde llega a límites, por así decirlo, desopilantes, mas muy coherentes con su pensamiento. Se trata de *Sexo y razón*[29], en la que transporta su economicismo al campo de la sexualidad: «Ahora examinemos los diferentes "tipos" de costo que supone la sexualidad, así como los principales factores que afectan estos costos. Uno es el costo de la búsqueda. Es cero para la masturbación en cuanto actividad solitaria, por lo que resulta la más barata de las prácticas sexuales (la acotación es importante: la "masturbación mutua", heterosexual u homosexual, es una forma de relación no vaginal pero sus costos de búsqueda son positivos)... Los hombres incurren en considerables costos de búsqueda por una *call girl* -y costos aún más elevados, por cierto, en el caso de una amante o de una esposa- pero en muy pocos por las "mujeres de la calle", prostitutas cuyo costo de búsqueda es cero y que sólo brindan servicios sexuales de calidad inferior. Análogamente, los bienes de calidad inferior se consumen en el hogar, no se despachan».

---

[28] M. Nussbaum, pgs. 97 a 112.

[29] *Sex and Reason,* Cambridge University Press, 1992. Ver en particular cap. 5, «Sex and Rationality», y las citas sobre el utilitarismo y la teoría económica, en las páginas 213-219 y 437-438. Asimismo de Posner y Catharine A. MacKinnon, *Derecho y Pornografía,* Universidad de los Andes, Colombia, 1996.

Nussbam considera que se puede hablar seriamente de este modo, pero que ello no reduce sino que eleva el aporte crítico de una novela como *Tiempos difíciles.* Convengamos en que se trata de un modo si no desconcertante, que produce perplejidad, al menos «extraño» del hablar economicista y que, sin indagar a fondo, se encuentran ejemplos por doquier que lo validarían, si no tuvieran el inconveniente de centrar toda la vida en la economía. (Dicho en favor de Posner y entre paréntesis: en materia de amantes, por ej., la letra inefable y popular de algunos tangos traduce a la perfección la teoría. Basta que recordemos uno solo de ellos. La situación del hombre decepcionado que «mangó» (argentinismo) amigos, vio a usureros y estuvo un mes sin fumar, para comprar a su querida «aquel tapado de armiño todo forrado en lamé...», soportando luego su abandono. En materia de cónyuges, se ha hecho pública, en los medios, la cruz que para el futbolista Cannigia implican los lujos de Mariana Nannis, entre otros costos y costas, con sus valets y transporte-limousine. ¿Es posible dudar de «tiempos más difíciles» y gravosos para el amante y el esposo?).

Dejando las ironías y lo retintinoso (españolismo) de mis ejemplos, es evidente que no resulta factible reducir cada tramo de la existencia humana a transacción, cada ser humano a cifras en el pizarrón, o en la sección cálculos de una computadora de bolsillo.

Ahora bien; luego de formular al utilitarismo extremo y a Posner-economicista severas críticas, la catedrática de ética de la Universidad de Chicago dedica su libro a... Richard Posner. No es una contradicción. En la página de los Agradecimientos lo explica: La noche anterior a su primera conferencia Rosenthal tuvo la suerte de conocer a la persona que era el señor Grandgrin y su adversario intelectual. Se acercó a la mesa con aprehensión, dado lo común que es rebelarse contra la crítica. Sus temores pronto se disiparon. Encontró a una persona jovial y abierta, interesada por completo en el intercambio, supo que era un juez sumamente literario, como nuestro Tizón en la Argentina. Con el tiempo su colega, confiesa, contribuyó a hacer sus observaciones más sutiles. De gran capacidad para el diálogo y bonhomía. Se trataba de Posner-Hyde-Jekill.

Creo que cualquier lector, al menos es mi caso, de *Law and Literature. A Misunderstood Relation,* ha de tener la misma sensación. Dr. Jekill compensa y supera todos los extremos dañinos de Mr Hyde. Aunque es obvio que, para Posner mismo, esta metáfora de la doble personalidad stevensoniana le habrá de parecer por completo inadmisible (espero que no irrespetuosa). Si hay doble posición teórica, eso no apunta a una doble personalidad. No hay doble personalidad, pensará; hay una sola e idéntica personalidad, que no se disgrega en posiciones incompatibles, siendo ambas coherentes y valiosas.

De cualquier modo, la dedicatoria del libro de Nussbaum a Posner, luego de sus fuertes críticas, revelaría que es mejor «no provocar a los economicistas», que es preferible dejar a los miembros de *law and economic* con sus tablas en el bolsillo, con sus fórmulas lógicas retozando dividendos. Esta misma moraleja debe haber tenido presente otra autora, Robin West, que usó la ficción de Franz Kafka como punto de apoyo para criticar sus posiciones (económicas), recibiendo por respuesta nada menos que el libro *Law and Literature.* Libro escrito con notable inteligencia por quien, como dice su prefacio, no había tomado -hasta ese momento- ningún interés en el movimiento derecho/literatura.[30]

Posner advierte el rápido crecimiento del campo de la investigación conocido como derecho-literatura, observando que sus representantes tratan de aplicar los métodos del análisis legal a los textos literarios y los métodos del análisis literario a los textos legales, detallando los cinco libros que se publicaron al respecto desde 1984. Se reconoce como firme partidario de los estudios interdisciplinarios, y habría suscrito con gusto el epígrafe de Carnap con que comenzamos este trabajo, admitiendo ser reconocido como constructor de puentes y no como intruso intelectual. Reconoce a su tarea como un intento de registro y evaluación general del campo, trata de organizarlo, aumentarlo y redirigirlo en el seno académico. Combina discusiones teóricas sobre puntos como la naturaleza y perduración de la literatura, modos en que la ley se refracta en el medio literario, el papel de las intenciones del autor en la interpretación de los textos legislativos y literarios, el vínculo entre el derecho y la justicia, y el lugar del estilo y los valores literarios que examina con una lectura y sutiles comentarios a las obras de Esquilo, Sófocles, Shakespeare, Marlowe, Dickens, Kleist, Dostoievski, Melville, Twain, Kafka, Camus, Yeats y otros. En sucesivos capítulos cubre cómo la literatura se aplica a los temas legales, y su influencia en la reflexión jurisprudencial, cómo el criticismo literario es y debe ser informado por el conocimiento legal, la aplicación de la teoría y la práctica literaria a los textos legislativos y judiciales, la regulación de la literatura por el derecho, y la defensa legal especialmente en las causas penales.

Desde luego Posner no abandona en absoluto su visión economicista. Considera que la relación inversa entre el precio de una mercadería y la cantidad demandada constituye un problema básico aplicable en el derecho, no

[30] El texto es de Robin West, y se llama «Authority, Autonomy and Choice: The Role of Consent in the Moral and Political Visions of Franz Kafka and Richard Posner». Fue publicado en 1985 en 99 *Harvard Law Review* 384. La respuesta-libro de Posner tiene la siguiente dedicatoria: «Para mi madre, quien me inició en los placeres de la literatura y mi padre, que me estimuló a seguir la Facultad de Derecho». Falta identificar al perverso «relative» que lo haya mezclado con el derecho económico.

menos que aspectos vinculados a la regulación de accidentes a través de la ley de daños y perjuicios, la ley de monopolios y otros casos. En síntesis: el espíritu legal de la doctrina es económico, pero la relación entre el derecho y la literatura es menos ordenada y considerable, puesto que no hay una teoría literaria central que pueda ser tomada o aplicada al cuerpo del derecho.

De todos estos temas me concentraré en dos cuestiones que estimo los núcleos de su opinión. Primero, cuáles son las dificultades y cuáles las ventajas que Posner encuentra en el trazado de los puentes. En segundo lugar, la crítica que formula a Dworkin respecto de la «empresa en cadena».

1. Dificultades:

a) Los escritos legales están llenos de «ficciones legales», muchas veces bajo la forma de metáforas. Pero la semejanza con el uso literario de la metáfora es superficial. La ficción legal refleja el deseo de los jueces y los juristas de crear una apariencia de continuidad, cuando en realidad están innovando. Si, como muchos juristas creen, ninguno es embaucado por una ficción legal, la herramienta es inofensiva, pero uno debe pensar entonces por qué se usan. La ficción, a despecho de su nombre, no es una herramienta literaria.

Es éste uno de los puntos más flojos del análisis de Posner. En efecto, lo que está considerando son ficciones que aparecen en los escritos de juristas y jueces, sin tomar en cuenta el papel que las ficciones cumplen en el derecho, las ficciones incorporadas a los textos constitucionales o legales, como el principio de la igualdad ante la ley, la autoridad de la cosa juzgada, etc., ficciones que se modelan en base a los estudios de la filosofía del «como si» de Hans Vaihinger, donde cumplen una función indispensable y enriquecedora, vista sobre todo desde la necesidad de adaptar la conducta de los hombres a los intereses del sistema económico-social vigente. Importantes juristas han estudiado las ficciones desde este ángulo, como Hans Kelsen, Summer Maine, Lon Fuller, Jerzy Wroblevsy, generando toda una doctrina a su respecto.

Además no es exacto que la ficción como herramienta literaria nada tenga que ver con las ficciones legales, ya que existen problemas comunes que Posner deja de lado: las cuestiones semánticas de referencia, el tipo de operación, en cada caso, para conectar, a través de uso, los textos con la realidad; el papel de las ficciones literarias en la teoría de la coherencia narrativa en el derecho, y otros.[31]

[31] Una abundante literatura se detecta en esta materia. Sobre la operatividad de las ficciones, en el sentido de Vaihinger, se realizaron muchas conferencias. Entre ellas, Die Zweite «Als Ob»-Konferenz in Halle ant 7 juni 1922; Charles Crittenden, «Thinking about non-Being», In-

b) El énfasis de los juristas en emplear analogías, en comparación con la literatura, merece la misma observación que el caso de las ficciones. El poeta, afirma, al usarlas trata de sacudir al lector. El jurista, de sosegarlo. Por cierto, admite, las dos técnicas están firmemente relacionadas. Aquí Posner no agrega nada al trato de analogías, metáforas y ficciones que impliquen una crítica distinta de la esbozada anteriormente.

c) A veces el juez o el jurista usan un lenguaje figurativo, cuando expresan, por ejemplo, que «tasar es el sistema nervioso central de la economía». En la literatura se está bien preparados para no tomar literalmente lo que el escritor dice. Pero no ocurre lo mismo en un lenguaje discursivo analítico, propio del derecho. Millner Ball, en «Lying down Together; Law, Metaphor and Theology», analizando las opiniones que ven a la metáfora como un inescapable método por el cual atribuimos estructura a nuestra experiencia, arguyó sobre la conveniencia de sustituir las metáforas del derecho como un baluarte de libertad, por otra: la metáfora de que el derecho es un medio de solidaridad humana. Este punto entra en el mismo set que los dos anteriores.

d) Las ficciones legales en las decisiones judiciales, algunos de cuyos casos, sobre todo el relativo a la privacidad, es comentado. Me remito a la objeción formulada al punto a). Aun cuando aquí Posner amplía su marco anterior, de hecho le da poco desarrollo.

2. Conexiones importantes admitidas por Posner.

a) Aunque frecuentemente en materia literaria la importancia del derecho es empequeñecida, frente al amor, las situaciones de la vida, el asesinato, la religión, la guerra, la familia, el ascenso o más bien la escala social, el arte y la literatura misma, un sorprendente número de obras literarias se ocupan de procedimientos legales, donde algún tribunal de cierto tipo promueve un climax y ocupa un rol destacado. Como más arriba preanunciamos, el más destacado cuerpo de literatura gira acerca de «cuestiones» de justicia. Los ejemplos de venganza, a los que ya aludimos, se instalan en la transición del derecho, especialmente concebido a partir de la modernidad.

b) El derecho proporciona no sólo en la más conocida novela de Kafka, sino en sus historias y fragmentos, aspectos relevantes sobre la actividad tri-

---

quiry 16, p. 290-312; Avian Soifer, «Reviewing Legal Fictions», Georgia Law Review, n. 20, 1985; Kendall L. Walton, «Fearing Fictions», Journal of Philosophy, 1978. v. LXXXV; Colin Falck, «Fictions and Reality», Philosophy. v. 63 n. 245. 1988; Henry Summer Maine, «Legal Fictions», Harry Holt and Co., New York, 1877; Bernard Jackson, «Law, Facts and Narrative Coherence», Deborah Carles Pub, 1988; Tourtoulon, *The Rational in Law;* John Walter Jones, «Historical Introduction to the Theory of Law», Clarendon Pres, 1956; Frederic Williams Maitland, *The Collected Papers of F. W Maitland,* Cambridge University Press, 1911.

bunalicia en general. *King Lear* contiene un tribunal irónico, lo mismo que *Alicia en el país de las maravillas,* que los críticos deberían intentar profundizar. No sólo Francis Bacon, sino Flaubert, Ariosto, Kafka, Wallace Steven y otros fueron juristas y, posiblemente, Chaucer.

c) Tanto la enseñanza legal como la literaria está directamente vinculada con el significado de los textos. En el caso del derecho hay constituciones, leyes, disposiciones administrativas, y fallos judiciales. La interpretación, es por ello, una cuestión central en ambos campos.

d) Muchos textos legales, especialmente fallos judiciales, se asemejan a los literarios en su retórica, más que a una fría exposición.

e) La literatura es, tradicionalmente, materia de regulación legal y, ocasionalmente, objeto de litigios. Muchos de ellos, aluden a derechos de autor, a difamación, a obscenidad y semejantes.

Hasta época muy reciente, la década del sesenta, a pesar de que los lazos entre ambas disciplinas eran numerosos, no fueron explorados, ni observados. La razón se debe a la sociología (yo agregaría asimismo, la psicología) del derecho universitario y de la literatura universitaria. Temas generales como la justicia y la interpretación, que deberían haber sido comprendidos en gran parte desde el estudio de los textos literarios y los métodos literarios, recibieron muy poca atención. El vacío fue ocupado por no académicos y por audiencias cultivadas en ambos campos. Por ejemplo, jueces como Cardozo, Holmes y, entre nosotros, Héctor Tizón, se volcaron al pensamiento legal tomando en cuenta la literatura.

Esta caracterización ha sido influida, como antes lo expusiera Dworkin, por un incremento de la politización en ambas disciplinas, lo que señala una nueva convergencia: la política. Los profesores de derecho y de literatura ofrecen la posibilidad de una esperanza en «la redención» de un futuro tecnocrático (palabras de Posner) y los de la literatura de la marginalidad social, distinción esta que de todos modos está poco clara. En efecto, al otorgar Posner la posibilidad de lucha contra la marginalidad exclusivamente a la literatura, privando de ella al derecho, priva a éste de una de sus funciones, sin argumento consistente alguno.

Ahora bien, dado el inventario de ambas listas (dificultades y ventajas), no inhibe a Posner de advertir que, a pesar de haber aparecido en el nivel universitario, y en ambos campos, mayor predisposición a tender el puente, éste ha logrado hasta el momento escasos éxitos. Algunos practicantes han exagerado las notas comunes prestando insuficiente atención a las diferencias profundas.

En este sentido, no puede dudarse que, en última instancia, frente a su inventario de los pro y los contra, su posición es ambigua, o usando las palabras de él emanadas, ecléctica en sumo grado, pero el campo está en con-

diciones de estimular nuevas investigaciones, una nueva comprensión de lo que se debate, y esto se puede obtener tanto acentuando las diferencias como las similitudes, o hablando con más propiedad, detectando las conexiones. El *training* y la experiencia práctica de los juristas no los equipa para leer literatura, percibiendo en ella lo que es aplicable al derecho. El caso de Dworkin es una notable excepción.

Los juristas son muy conservadores. Están muy apegados al derecho estricto por razones de defensa profesional, y sujetos a la influencia del positivismo y el formalismo de la teoría pura del derecho. Esto ha incidido en contra de todo proyecto de interdisciplinariedad tanto con la sociología como con la moral, la psicología y con la teoría del poder, vía los análisis del «Otro Kelsen», cuyos textos han sido manifiestamente excluidos de la enseñanza de casi todas las Facultades de Derecho del mundo.

Posner estima que el cuerpo de literatura dirigido más directamente al derecho, como *Antígona, Bleak House, Billy Budd* y *The Trial,* tanto como los trabajos de Shakespeare, quizá tengan poco que ver con la tarea relevante de un jurista profesional. Pero esto se debe, ante todo, a la estrechez de miras de ese profesional sobre la idea del derecho. El jurista que lee tales obras puede disfrutar, con ellas, de fructíferas reflexiones acerca de la tensión que existe entre los conceptos formales legales y las nociones éticas más amplias de justicia. Incluso la comprensión de las diferencias entre la interpretación legal y la literaria se encuentra en condiciones de mejorar nuestro entendimiento del derecho en forma indirecta.

La posibilidad misma de enseñar abogacía a partir de los grandes ejemplos literarios de elocuencia y persuasión, como las oraciones funerarias de Julio César, se han pasado por alto. Lo mismo ha ocurrido con los avatares del tribunal de Dimitri Karamazov. La actuación del abogado de Dimitri, Fetyukovitch, demuestra dos aspectos fundamentales de la práctica efectiva de un tribunal: preparación meticulosa y una teoría del caso que el abogado crea organizando, seleccionando y refundiendo los hechos en bruto, para hacer inteligible, coherente y atrayente la historia.

Por supuesto, Posner previene, que en toda actividad interdisciplinaria el peligro mayor es el amateurismo, a lo que agrega otra prevención muy importante: el abogado que escribe acerca de literatura puede seducir o deslumbrar a otros abogados, de la misma manera que el literato que escribe sobre derecho puede deslumbrar a otros hombres de letras y, en ningún caso, los deslumbrados están en condiciones de evaluar la calidad de la contribución.

Pero lo que se propone Posner, básicamente, es promover la causa de los estudios interdisciplinarios, estimular la recíproca incorporación de los es-

tudios de derecho y literatura en las Facultades alternas, no menos que un fresco pensamiento en el eterno problema de la ley y la justicia.

He reservado la última instancia de este trabajo para examinar la crítica que Posner formula a «la empresa en cadena» de Dworkin, es decir su opinión en materia de interpretación, en la que, como surgiera del estudio de Gadamer y de otros autores, está instalado el núcleo decisivo del puente literatura-derecho.

En términos generales, Posner observa que aunque Dworkin no se incluya en la corriente antifundacionalista llamada «New Criticism», e incluso sus discusiones sobre teoría literaria sean más bien breves y vagas, se le puede asignar muy bien dicha pertenencia por varias razones. En primer lugar, un «nuevo crítico» trata una obra de literatura como un artefacto, coherente en sí mismo, y sin ocuparse de los detalles de la biografía del autor o de otras circunstancias de su composición. Con relación a un texto legal, lo importante para un «nuevo crítico» (son sus más importantes representantes A. C. Bradley, Cleanth Brooks, W. K. Wimsatt) es asignar un significado coherente y satisfactorio.

Los «intencionalistas», por su parte, se definen con otra matriz: la creencia de que la vía para comprender una obra de literatura es reconstruir las intenciones del autor, el significado que le asigna a la obra, o que le hubiese asignado de haber reflexionado sobre ella.

Dworkin rechaza claramente el intencionalismo y no trata el extremo escepticismo de la escuela de la respuesta-del-lector, cuya forma germánica, según lo expusiéramos, recibe el nombre de Estética de la Recepción (Wolfgang Iser, Odo Marquard, Hans Robert Jauss). Y quizá, arriesga Posner, lo que Dworkin piense es que toda interpretación es contextual y los principios políticos forman parte del contexto interpretativo de las constituciones y las leyes.

Conforme a Posner -quien asume la posición de un «intencionalista» en derecho y un «nuevo crítico» en literatura-, Dworkin usa o usaría en la interpretación legal estándares no literarios sino filosóficos. Leería toda disposición en una vía que pudiera hacer de ella «el mejor enunciado de filosofía política»; pero el problema radica, justamente, en que no hay acuerdo en la filosofía política sobre cuestiones esenciales. Hay filósofos libertarios como Nozick (con el uso muy particular con que los norteamericanos emplean la palabra «libertario», asociando a Nozick en el extremo del absurdo con Kropotkin, Bakunin, Ricardo Mella o Buenaventura Durruti), los hay igualitarios como el mismo Dworkin y Rawls, y muchos matices entre ellos, circunstancia que hace muy ambigua la posición de quien Posner critica.

En cuanto al más destacado de los intencionalistas en literatura, Hirsch, ya vimos antes sus puntos de vista. Hirsch refuta, en defensa del autor, los

siguientes ataques de los antifundacionalistas, tendentes a justificar su destierro. A saber:

1. «El significado de un texto cambia, incluso para el autor»

No hay duda de que la «significance», la significación de una obra, ha cambiado para un autor, pero no el «meaning», significado o sentido. El «meaning» es lo que está representado por el texto, lo que el autor significa por su uso de una particular secuencia de signos. Consiste en lo que el signo representa. Por el otro lado, «significance» nombra una relación entre el significado y una persona o una concepción, o una situación o, incluso, algo imaginable.

Los autores pueden cambiar con el tiempo sus actitudes u opiniones, incluso sus criterios de valor y ver su propia obra en diferentes contextos. Pero lo que cambia, obviamente, es su relación con el significado, no el significado mismo. De ahí que cuando los críticos hablan de cambios de significado, de lo que están hablando, en realidad, es de cambios en la significación.

2. «No importa lo que el autor dice, sólo importa lo que dice el texto»

Se trata de un dogma en la doctrina de la autonomía semántica, fundamental para el problema de la validez. Si fuese verdadero, entonces cualquier lectura sería válida, toda vez que cualquier lectura se correspondería con lo que el texto dice para el lector.

3. «El significado del autor es inaccesible»

Este punto de vista es propio tanto del historicismo radical, como de una teoría que sostiene que los textos son ontológicamente distintos de otros textos no-literarios. Se trata de algo, según Hirsch, altamente improbable. La afirmación no puede ser sometida, como se lo hace, a una generalización empírica, pues ni la teoría ni la experiencia la pueden confirmar o negar decisivamente. La interpretación de los textos está vinculada exclusivamente con significados compartidos, y no todo lo que estoy pensando cuando escribo puede ser compartido por otros. Hay textos que por su antigüedad conservan un significado ahora inaccesible, pero semejante escepticismo, en forma generalizada, está muy lejos de ser aceptable.

4. «A menudo el autor no sabe lo que significa»

Ocurre a menudo que un autor no conoce lo que piensa, o lo que dice en sus textos. Ya Platón lo expresaba en la *Apología* 22 b-c. Kant afirmaba que, incluso Platón, no conocía lo que pensaba (*Crítica de la Razón Pura* A 314

B B 370), y que él podía entender algunos de los escritos de Platón mejor que Platón mismo. Hay muchas variantes de ignorancia autorial. Pero que un hombre no sea consciente de todo lo que piensa no es más notable de que no sea consciente de todo lo que hace. Ningún ejemplo de ignorancia autorial, respecto a su significado, puede mostrar que la intención de su significado y el significado de su texto son diferentes.

Dworkin no acepta el intencionalismo. Éste asigna primacía en la creación del significado de una obra de literatura al autor (en el plano legal, sería al legislador); la Estética de la Recepción lo atribuye a la respuesta del lector, el crítico o algún otro (en el derecho al juez o al jurista doctrinario) y la Nueva Crítica a la obra en sí misma. Es esta última, como vimos, la posición que Posner asigna a Dworkin, en la medida en que el autor de *Law's Empire's* juzga que la interpretación no debería ser puesta en el pequeño espacio de la mente autorial ni, en el otro extremo, constituye un medio plástico en el que cada lector expresa su propia creatividad. Para Dworkin lo importante es la obra y su contexto socio-político.

Es bueno tener presente que Posner, al desacreditar el intencionalismo en materia literaria (aceptándolo sólo en el derecho) no intenta denegar que una obra literaria es una creación humana deliberada, pero de aquí no se sigue que la interpretación literaria sea fructífera si la colocamos del lado de las intenciones del autor. Ahora bien, al manifestar ese dualismo entre textos literarios (nuevo crítico) y textos legales (intencionalista) lo que está haciendo, en el fondo, es objetar la lectura de ambos tipos de textos en la misma forma; algo que resulta impropio, convengamos, en opinión de Dworkin, para quien derecho y literatura marcan los mismos pasos en interpretación, se ponen en la misma fila.

Sin embargo, Dworkin, observa Posner, desarrolla una nueva posición con su propuesta de la «empresa en cadena», cuya metodología y pasos examinamos antes. La analogía de Dworkin, sostiene críticamente Posner, iguala los intérpretes de la Constitución con los autores de la misma; punto de vista, por lo demás, muy moderno. Pero incluso la descripción de la «empresa en cadena» es engañosa. ¿Por qué? ¿En qué sentido?

Lo que va a sostener su crítica, en ultima instancia, es que la cadena, como diría Lenin, «se rompe por el eslabón más débil». Ante todo, el capítulo 1, en la evolución de la doctrina del derecho común, es altamente tentativo, opera como un prefacio o introducción. En segundo lugar, los autores de los capítulos subsiguientes no están obligados a adherirse a la dirección que les señala el autor del primero. Si la experiencia demuestra que el capítulo 1 tomó una dirección equivocada, los jueces pueden descartarlo. Un tercer punto es que las doctrinas del derecho común tienden a evolucionar en un largo período de tiempo, durante el cual las condiciones antecedentes

están cambiando y los cambios habrán de influir en los últimos capítulos, incluso si el resultado es hacerlos discordantes con los primeros. En síntesis: «The final oddity about Dworkin's analogy is that there are no good chain novels». En buen romance, podría no existir ningún derecho constitucional bueno, si se construyera sobre la base de la analogía de la novela en cadena.

Esta misma dirección de la impugnación la toma el crítico literario Stanley Fish en «Working on the Chain Gang. Interpretation in Law and Literature», de su citado libro. Admitiendo que la posición de Dworkin es útil e iluminadora, señala algunos aspectos de desacuerdo. Asume el ejemplo dworkiniano de que el primer miembro de la cadena está en una posición diferente con respecto de aquellos que lo siguen porque él es el único creador, mientras que los otros deben tanto crear como interpretar. La idea de una primera versión, cambiada luego por Dworkin, es que el primer autor no está obligado a leer todo lo que ha pasado antes, pudiendo decidir cómo son los personajes, qué motivos los guían, etc. Pero de hecho, el primer autor también ha comprometido su libertad tan pronto como se comprometió a escribir una novela, decisión que hace bajo las mismas constricciones que sus colaboradores. Debe decidir, por ejemplo, cómo empezarla, en lo que ya no es libre, porque «escribir una novela» existe en el contexto de un conjunto de prácticas que al mismo tiempo que lo habilitan, limitan el acto del comienzo. Esto no quiere decir que se encuentre totalmente determinado, sino que sus elecciones disponibles son «novel writing choices». Como se percibe nuestro jurista Posner, y nuestro crítico literario Fish, componen un mismo tipo de crítica al pensamiento de Dworkin, ajeno, en cambio, a la dirección de Neil MacCormick y A. Aarnio.

IV. Conclusiones

Como hemos visto a lo largo de este escrito, el enlace, el puente entre derecho y literatura, ha recibido distintas respuestas en ambos campos.

- Para Carnap, es algo totalmente vedado. Con Wittgenstein diría: «De lo que no se puede hablar, mejor es callar». Su régimen fonológico: el silencio o el rechazo absoluto. En todo caso, un puente sobre el río Kwai. Carnap se enamora del puente, como Alec Guinness, pero su pasión no llega a tanto como querer preservarlo en su totalidad.
- Para Gadamer, inspirador privilegiado del antifundacionalismo, se puede hablar en voz alta. Más aún, hay que hacerlo con megáfono.
- Para los antifundacionalistas, como Fish, y los miembros de la Estética de la Recepción, muy probablemente se pueda hablar.
- Para los fundacionalistas, muy probablemente no se pueda hablar (Hirsch).

- Para Dworkin, se puede hablar con voz alta. La estructura del puente es sólida. Con tal convicción, se puso estructurar una teoría, sin notar que la fuerza de su Hércules podía trastabillar.

- Para Posner se puede hablar, pero en voz baja, quizá para no molestar a Mr. Hyde. Más que de puente, se inclinaría por una pasarela, a convertir en puente en una situación más desarrollada de la doctrina.

- A la academia del derecho, le va a costar mucho salir del estado de ciego, «sordo y mudo». Mejor que un puente, prefiere un subterráneo que la conduzca, firme y segura, por una sola vía. Cuestión de defensa profesional. El puente, como a Monsieur Dupin y los positivistas -que, en rigor, forman la Academia en la teoría del derecho- se les presenta como «extraño».

- A los hombres de letras y los críticos literarios, pese a su desconfianza sobre los «hombres de negro y cuellos de oca», no les costará tanto.

LA TEORÍA DEL DERECHO NATURAL EN EL TIEMPO POSMODERNO*

Carlos I. Massini Correas
Universidad de Mendoza (Argentina)

Motivados por uno de los sub-temas del presente Congreso: «Justicia y Derecho Natural», al planteo y discusión de la problemática del Derecho Natural desde la perspectiva de la filosofía del derecho, vamos a abordar sintéticamente el tema de las posibilidades del iusnaturalismo en los tiempos posmodernos y, en especial, el del cometido de la teoría del derecho natural en ese contexto. En otras palabras, de lo que se tratará aquí es de intentar una respuesta a estas preguntas: i) ¿en qué situación ha quedado la teoría del derecho una vez colapsado el paradigma jurídico moderno y aparecidos los llamados «posmodernismos», que han ensayado la aplicación al derecho de nuevos paradigmas?; ii) ¿frente a esa situación, tiene alguna tarea relevante que cumplir la teoría -o teorías- del derecho natural?; y iii) en caso afirmativo: ¿en qué consiste fundamentalmente esa nueva tarea del iusnaturalismo en los tiempos posmodernos?

Las notas de la modernidad

Para comprender la situación actual de la teoría del derecho, resulta conveniente, como en casi todas las materias, hacer un poco de historia. En este caso vamos a remontarnos sólo hasta la edad moderna, ya que, como dice bien Daniel Innerarity, «la filosofía contemporánea se ha convertido en una reflexión sobre la modernidad»[1]. Esquematizando mucho por elementales razones de brevedad, podemos afirmar que es posible distinguir en la filosofía moderna tres rasgos centrales, en tomo a los cuales giran las ideas

* Debo agradecer aquí expresamente a Miguel Verstraete, Ricardo Crespo, Daniel Gamarra y Jorge Martínez Barrera, quienes leyeron el original de este trabajo y sugirieron valiosas y oportunas correcciones.

[1] Innerarity, D., *Dialéctica de la modernidad,* Madrid, Rialp, 1990, p. 13. Vide. asimismo: Llano, A., «Claves filosóficas del actual debate cultural», en *Humanitas,* Nº 4, Santiago de Chile, 1996, pp. 532-544.

e ideales de esa etapa del pensamiento; estos rasgos son, esbozados esquemáticamente, los siguientes:

a) Pérdida de la noción teleológica de naturaleza: en este sentido, la noción clásica del mundo como naturaleza dotada de un sentido intrínseco entró en crisis fundamentalmente a partir de la captación excluyente de la realidad por parte de las modernas ciencias naturales, las que, por un lado, la concibieron como una mera materia objetivable, mensurable y cuantificable y, por otro, como el objeto de un dominio, por parte del hombre, progresivo y manipulador. «Con el nacimiento de la ciencia moderna -escribe Robert Spaemann- se produjo el abandono de la teleología. Este abandono no fue forzado por el fenómeno; detrás de él se escondía un poderoso interés. El fenómeno se opone incluso a una interpretación no teleológica. Por eso fuerza un equivalente provisional. Uno de estos equivalentes es la doctrina de los dos mundos en sus distintas formas: reino de las causas y reino de los fines, ser y deber, hechos y valores. La misma teoría de los valores es uno de estos equivalentes. Hechos desprovistos de valor y reino de valores opuesto a estos hechos es el producto de la desintegración de la entelequia (la naturaleza en cuanto fin; CIMC) precedente»[2].

Esta desintegración de la naturaleza como entelequia, no fue sino una parte coherente del proceso que Max Weber llamó de «desencantamiento del mundo», y por el cual éste pasó de ser un «kosmos» ordenado en sí mismo, a desempeñar el papel de una mera res extensa, apta sólo para los cálculos y mediciones de un conocimiento reducido deliberadamente a ciencia físico-matemática y ordenado intrínsecamente a su ulterior utilización técnica. Por supuesto que del mundo, así concebido, no puede extraerse significación ni directiva alguna para la conducta humana, la que queda librada a la autonomía de la razón entendida como constructora de sus objetos. Entra en crisis, por lo tanto, la noción clásica de «ley natural», en el sentido de una normatividad del obrar humano que podía ser descubierta, en sus líneas generales, a través de una interpretación de la realidad natural[3].

b) Aparición de la concepción moderna del sujeto: a ese mundo mudo y sin sentido intrínseco se le opondrá en la edad moderna un sujeto configurador de sus objetos de conocimiento y de voluntad. Para este sujeto, «conocer es poder» (Bacon) y se encuentra lanzado a la búsqueda de una ciencia que lo haga «dueño y señor de la naturaleza» (Descartes). Escribe a es-

---

[2] Spaemann, R., «La actualidad del derecho natural», en *Crítica de las utopías políticas,* Pamplona, EUNSA, 1980, pp. 324-25. Sobre las ideas de Spaemann a este respecto, vide. el libro de Ana Marta González, *Naturaleza y dignidad. Un estudio desde Robert Spaemann.* Pamplona, EUNSA, 1996.

[3] Vide. Villey, M., *La formation de la pensée juridique moderne.* Paris, Montchrestien, 1968.

te respecto Gómez Robledo, que «en un mundo, en efecto, que se ha reducido a materia y a movimiento, a relaciones físico-matemáticas conociendo las cuales puede el hombre, dentro de ciertos límites, actuar y dominarlo, la acción tiene un valor incomparablemente mayor que la contemplación. Lo tiene porque el hombre es, a su vez, de mucho mayor dignidad que ese mundo, y a quien es superior corresponde más bien actuar en lo que es inferior, que limitarse a adoptar la actitud pasiva del espectador»[4]. Este sujeto es, entonces, el donador del sentido de la realidad a través de una función constructiva, ya no contemplativa, de la conciencia razonante y de la voluntad. Y esta conciencia no puede ser sino constructiva, en razón de que, al haber dejado de ser receptiva, sus contenidos pueden obtenerse solamente a través de un proceso metódicamente controlado de elaboración o construcción. Como consecuencia, todo lo existente cobrará sentido con referencia al sujeto, y en especial los contenidos de la eticidad, sea ésta personal o social.

e) Inmanentización del pensamiento: este pensamiento centrado en el sujeto tiende progresivamente a transformarse en inmanente, tanto en el sentido de la inmanencia metafísica: negación de todo lo trascendente al mundo, como de la inmanencia noética: negación de todo lo que no sea contenido de la conciencia. Rafael Alvira ha escrito, con gran precisión, que «es la negación, explícita o implícita, de la trascendencia, y la aparición de la primacía de la conciencia, lo que caracteriza, a mi juicio, a esta modernidad *par excellence*»[5]. Como consecuencia de esta negación, el pensamiento moderno se «emancipa» de toda sujeción posible; ya sea «por arriba», al liberarse del control de la revelación y de la teología, ya sea «por debajo», al liberarse de los inevitables límites que ponen las estructuras de la realidad a un pensamiento contemplativo y receptivo. Este movimiento hacia una cada vez mayor inmanencia, explica el tránsito, en el campo de las ideas y de las vivencias religiosas, del teísmo al deísmo y, finalmente al ateísmo[6]. Por supuesto que, dentro de este esquema, resulta absolutamente impensable la noción tomasiana de ley natural como «participación de la ley eterna en la criatura racional»[7] y, como consecuencia, el Derecho Natural Moderno centrará sus esfuerzos en la construcción racional de un completo y metódicamente riguroso sistema jurídico[8].

---

[4] Gómez Robledo, A., *Ensayo sobre las virtudes intelectuales,* México, FCE, 1986, p. 145. Vide. «L'etica teologica e le istanze della posmodernità», en AA.VV., *Prospettive etiche nella posmodernità,* Milano, San Paolo, 1994, pp. 54 ss.

[5] Alvira, R., *Reivindicación de la voluntad,* Pamplona EUNSA, 1988, p. 228.

[6] Vide. Fazio, M. y Gamarra, D., *Introduzione alla storia della filosofia moderna,* Roma, Apollinare Studi, 1994.

[7] Tomás de Aquino, *Summa Theologiae,* I-II, q. 91. a. 2.

[8] Vide. Massini Correas, C.I., *La desintegración del pensar jurídico clásico en la Edad Moderna,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1980. Todas estas notas adquieren su formulación pa-

La modernidad eticojurídica

Si las trasladamos ahora al ámbito del derecho, estas notas propias de la modernidad van a transformarse en otros tantos caracteres del pensamiento jurídico moderno; expuestos sucintamente, éstos son los siguientes:

a) Pérdida de la noción clásica de ley natural: al desaparecer la concepción clásica de naturaleza-entelequia, capaz de ser fuente de sentido jurídico y raíz de contenidos normativos con relativa independencia del sujeto pensante, ese sentido y esa raíz se colocan necesariamente en ese sujeto, quien fabrica normas y principios prácticos a partir de postulados de su misma razón. «Con la parcial excepción de Grocio -escribe Knud Haakonsen- estos escritores modernos (Hobbes, Pufendorf, Locke, etc.; CIMC) sostenían que no hay ningún significado moral o político inherente en la estructura de las cosas. Todo significado o valor es querido o construido e impuesto sobre un mundo natural que en sí mismo es amoral y apolítico»[9]. Este modo de pensar se pone especialmente en evidencia en las ideas de David Hume, para quien las nociones de justicia, propiedad, derecho, etc. son meramente «artificiales», creaciones voluntarias del hombre por razones de utilidad común[10]. Desde esta perspectiva, el espacio antes ocupado por la ley natural, será llenado por un «derecho racional» construido deductivamente por el sujeto a partir de postulados de su misma razón; ésta y no otra es la fuente de los modernos sistemas de «Derecho Natural», que precedieron a la codificación, al constitucionalismo racional-normativo y al «sistemismo jurídico» del siglo XX.

b) Aparición de la moderna noción de derechos humanos: de modo coherente con la exaltación de un sujeto dador de sentido y dotado de una autonomía «fuerte» o absoluta, aparece la moderna noción de derechos humanos, que los concibe como prerrogativas inherentes al sujeto, previas a su vida social y sin fundamento trascendente alguno. La única justificación racional que puede darse en esta perspectiva a los derechos humanos, radica en la «santidad» (Kant) que corresponde a la persona humana en virtud de su autonomía y de su racionalidad. «La modernidad de las declaraciones de

---

radigmática en el pensamiento de I. Kant: «Kant -escribe Habermas- expresa el mundo moderno en un edificio de ideas»; Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad,* Buenos Aires, Taurus, 1989, p. 32. Tanto es así, que la gran mayoría de los intentos contemporáneos de reividicar y revalorizar el pensamiento de la modernidad se remiten, directa o indirectamente, al mismo Kant; vide. Rosen, A.D.; *Kant's Theory of Justice,* Ithaca-London, Cornell U.P, 1993.

[9] Haakonsen, K., *Natural Law and Moral Philosophy. From Grotius to the Scottish Enlightenment,* New York, Cambridge U.P., 1996, p. 102.

[10] Vide. Hume, D., *Treatise of Human Nature,* London, Penguin Classics, 1985, pp. 529-552.

derechos del hombre de finales del siglo XVIII -escribe Blandine Barret-Kriegel- está necesariamente vinculada con la filosofía de la conciencia y la teoría del sujeto. Más aún, ellas son el testimonio de un acontecimiento irreversible en la historia de la filosofía: la transformación de la idea de naturaleza y el advenimiento del sujeto»[11].

c) Fundamentación inmanente del derecho: otra cosa cambia finalmente en la edad moderna: la fundamentación del derecho y de los derechos ya no radica en la ley eterna de Dios, ni en la ley natural descubierta a partir de las estructuras de las cosas, sino pura y simplemente, ya sea en la razón del sujeto constructor: Derecho Natural Moderno, ya sea en los simples mandatos del soberano: Imperativismo, de Hobbes a Kelsen, pasando por Bentham y Austin[12]. En todos los casos, es siempre el sujeto humano el que da origen integral a las normas de la convivencia, ya sea porque construye un sistema jurídico racional, ya sea porque instituye, como a un artificio, a la autoridad que impera las normas. Y es en esta ruptura normativa de la modernidad con la trascendencia ontológica y noética donde se encuentra la raíz auténtica del positivismo jurídico, el que se hace epistémicamente posible sólo a partir de la más completa inmanentización de los fundamentos de los órdenes jurídico y moral[13].

La crítica posmoderna

La concepción moderna del derecho que hemos sintetizado y esquematizado en el punto precedente, se constituyó en la corriente central de la teoría del derecho hasta bien entrado el siglo XX. Es cierto que ella fue objeto de persistentes embates por parte de los defensores de la concepción clásica del derecho, pero estos ataques no pudieron hacer peligrar su reinado, el que se mantuvo con altibajos prácticamente hasta la década de los 70. A partir de este momento, una nueva corriente de ideas hizo su aparición en el escenario político de Occidente, centrándose en una crítica integral del proyecto moderno y recurriendo a Marx, Nietzsche, Freud y Heidegger como a sus mentores principales. Dentro de esta corriente, que reivindica para sí

[11] Barret-Kriegel, B., *Les droits de l'homme et le droit naturel,* Paris, PUF, 1989; sobre la problemática general del pensamiento jurídico moderno, esta autora afirma que en él «una cosa se ha perdido: la idea de una ley natural, en la que se acuerdan, juegan, se ven y regulan el hombre y el mundo. Otra cosa resulta, en contraposición, promovida: el orden de la naturaleza humana como arte, fabricación, convención, intelección» (p. 53).

[12] Sobre estos autores, vide. Kelly, J. M., *A Short History of Western Legal Theory,* Oxford, Clarendon Press, 1994, pp. 301 ss.

[13] Vide. Carpintero, E, *Los inicios del positivismo jurídico en Centro Europa,* Madrid, Actas, 1993; asimismo, vide. Goyard Fabre, S., *Les fondements de l'ordre juridique,* Paris, PUF, 1992, pp. 95 ss.

el monopolio del pensamiento posmodemo y que tiene a sus principales representantes dentro del posestructuralismo francés, se han realizado también intentos de someter a crítica integral a la concepción moderna del derecho y de la eticidad en general[14]. Vamos a exponer sucintamente las líneas principales de esta crítica posmoderna, para hacer posible luego el estudio de los intentos de salida del punto muerto a que arriba esta crítica absoluta, meramente negativa y sin solución[15]; estas líneas críticas, coincidentes con las que hemos analizado al estudiar la modernidad, son las siguientes:

a) Crítica de la razón constructiva y sistemática: uno de los principales puntos de la crítica posmoderna al pensamiento de la modernidad, radica en la negación de las posibilidades sistematizadoras y constructivas de la realidad que habían sido atribuidas a la razón. «El contexto actual de la filosofía -escribe Innerarity- viene definido por la crítica del paradigma moderno de una razón totalizadora (...). La ruptura con la razón totalizadora supone -para Lyotard- el abandono de los *grand récits,* es decir, de las grandes narraciones, del discurso con pretensiones de universalidad, y el retorno de las *petites histoires* (...). Y ha perdido credibilidad la idea de un discurso, consenso, historia o progreso en singular: en su lugar aparece una pluralidad de ámbitos de discurso y narraciones»[16]. La razón constructiva, sistemática y universalista de la modernidad, atacada como «torturadora» y «encubridora» de la realidad, resulta sustituida en la perspectiva posmoderna por una «arqueología del saber» (Foucault), que desemboca finalmente en un irracionalismo anárquico, descontextualizado y anónimo.

En el ámbito de lo eticojurídico, esto significa ante todo una des-fundamentación del orden normativo: la razón moderna que lo justificaba racionalmente desaparece y la autoridad que imponía los imperativos -en el caso del imperativismo decimonónico- resulta sospechada como encubridora de dominación[17]. Como consecuencia, el derecho queda reducido a meras estructuras anónimas del lenguaje, que ocultan y canonizan estructuras de opresión o dominio; el derecho, escribe Kozieki, se reduce a «grafismos inventados por Occidente para sus producciones de regimentación social»[18]. Por supuesto que la fundamentación moderna del derecho, sea ésta racionalista o imperativista, no es sustituida por ninguna otra: simplemente el de-

---

[14] Sobre estos intentos, vide. Renaut, A. y Sosoe, L., *Philosophie du Droit,* Paris, PUF, 1993, pp. 41-68.

[15] Vide. Ballesteros, J., *Posmodernidad: decadencia o resistencia,* Madrid, Tecnos, 1989.

[16] Innerarity, D., *o.c.*, pp. 114-115.

[17] Sobre la «filosofía de la sospecha», vide. Genghini, N., *Verità & Consenso. La controversia sui fondamenti morali dell'ordine politico,* Bologna, Ed. CSEO, 1989, pp. 12 y passim.

[18] Kozieki, E., «Discurso jurídico y discurso psicoanalítico», en AAVV., *El discurso jurídico,* Buenos Aires, Hachette. 1982, p. 30.

recho pasa a carecer de fundamento; «el derecho -escribe Ewald- no puede sostenerse hoy en día sino en su propia positividad»[19].

b) Pérdida de la noción de sujeto: el ataque a la noción moderna de sujeto es uno de los puntos centrales de la crítica posmoderna; Foucault la considera en *Les mots et les choses* un mero «invento del siglo XVIII» y los autores de esa corriente proponen la «liberación como sobrepasamiento del sujeto»[20], es decir, sustituirlo por estructuras anónimas e inconscientes, en las que ese sujeto se difumina hasta desaparecer. Escribe en este sentido Innerarity, que el poste structuralismo «sustituye el trascendentalismo de la conciencia por el del inconsciente, bajo la forma del discurso anónimo de las estructuras sociales, lingüísticas o simbólicas»[21]. Desde esta perspectiva, el sujeto ya no es más el dispensador de sentido de la realidad; y como, por otra parte, el sentido inherente de la naturaleza clásica no reaparece, no existe ya lugar donde escrutar el sentido del derecho: éste termina por carecer de sentido.

Esta pérdida del sujeto significa, en el campo jurídico, la desaparición de las nociones de derecho subjetivo y de derechos humanos, así como, en definitiva, de la noción misma de derecho. En efecto, el derecho -y por lo tanto los derechos- es una realidad existencialmente no autónoma, que necesita de un sujeto existencialmente autónomo para existir; si excluimos a ese sujeto, el derecho debe necesariamente desaparecer por carencia de una base óntica en la que inherir para poder ser. Es por ello que uno de los traductores de la posmodernidad en el ámbito jurídico, F. Ewald, concluye afirmando que «el derecho no existe»[22] y Deleuze defiende que «contrariamente a lo que sostiene el discurso habitual, no hay ninguna necesidad de referirse al hombre para resistir a la dominación»[23]. La resistencia, por lo tanto, no es ya pensable en términos de derechos, en especial de derechos humanos, sino en el de relaciones de nudo poder: el mundo jurídico se ha disuelto entonces en una red de relaciones meramente fácticas y sin sentido deóntico.

c) Ausencia de fundamento de las realidades jurídicas: finalmente, los intentos modernos de fundamentación del derecho aparecen, en clave posmoderna, cuestionados en cuanto meros encubridores de dominación. Por ello, los procesos de fundamentación o justificación racional de lo jurídico

---

[19] Ewald, F., *L'Etat providence,* Paris, Grasset, 1986, p. 41.

[20] Vide. Renaut, A. y Sosoe, L., *o.c.*, pp. 43 ss.; vide también: Amato, S., *Il soggetto e il soggetto di diritto,* Torino, Giappichelli, 1990, pp. 31 ss.

[21] Innerarity, D., *o.c.*, p. 39.

[22] Ewald, F., *o.c.*, p. 30.

[23] Deleuze, G., *Foucault,* Paris, Minuit, 1986, p. 98.

resultan sustituidas por una «arqueología» o «genealogía»[24] del derecho, que busca develar su origen encubierto en relaciones de mero poder. Foucault ha llevado a cabo este proceso arqueológico, respecto del derecho, en su libro «La verdad y las formas jurídicas»; allí escribe que «la función del análisis arqueológico sería, en primer lugar, descubrir las continuidades oscuras que hemos incorporado y, en segundo lugar, partiendo del estudio de su formación, comprobar la utilidad que han tenido y que aún siguen teniendo; es decir, cómo actúan en la actual economía de nuestras condiciones de existencia. En tercer lugar, el análisis histórico-arqueológico permitiría además determinar a qué sistema de poder están ligadas estas bases o continuidades y, por consiguiente, cómo abordarlas»[25]. Por su parte, Deleuze concluye que «el derecho no es sino el estado de paz que es el resultado de una guerra ganada: es la misma guerra y la estrategia de esta guerra en acto»[26]. Dicho en otras palabras, el derecho se reduce, en última instancia, a relaciones de nudo poder o de guerra, y la única tarea valiosa a su respecto es la «arqueológica», que permite descubrir la realidad originaria del derecho, desenmascarando los intentos justificatorios y, en definitiva, «liberándonos del pasado»[27]. Por supuesto que tanto la realidad jurídica que se resume en relaciones de poder, como la resistencia a esas relaciones, también concebida como mera reacción fáctica o violenta, carecen de fundamento alguno -sea éste trascendente o inmanente- y tampoco lo necesitan; se sostienen por sí mismos en cuanto poder fáctico; por lo tanto corresponde desechar como espúreos, mistificadores o encubridores a todos los ensayos justificadores del derecho.

Los intentos de refundamentación (I): el Neoiluminismo

Ahora bien, es evidente que, no obstante sus aspectos críticos positivos, que no es éste el momento de detallar[28], el nihilismo jurídico del mero poder y de la desfundamentación del derecho no puede satisfacer las exigencias mínimas del espíritu humano y, consecuentemente, de la convivencia humana social. Efectivamente, todo sistema jurídico requiere de modo necesario, para su existencia en cuanto tal, de los tres siguientes elementos: i) un criterio de fundamentación del derecho, o de la obligatoriedad de las normas jurídicas, ya que el mero *factum* de la fuerza no es suficiente para lo-

[24] Vide. MacIntyre, A., *Tres versiones rivales de la ética. Enciclopedia, genealogía y tradición,* trad. R. Rovira, Madrid, Rialp, 1992, pp. 61 ss.

[25] Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas,* trad. E. Lynch, Barcelona, Gedisa, 1984, p. 171.

[26] Deleuze, G., *o.c.*, p. 38.

[27] Foucault, M., *o.c.*, p. 172.

[28] Vide. Verstraete, M., *Modernidad agónica,* pro manuscripto, sobre todo, cap. V.

grar la vigencia del derecho; aún los autores más crudamente positivistas[29] reconocen que para que el derecho tenga una mínima vigencia es preciso algún tipo de convencimiento ético en quienes han de respetarlo; ii) una instancia crítica de apelación valorativa, situada más allá del mero poder, y ante la cual los dictámenes de ese poder puedan ser evaluados como justos o injustos; dice a este respecto Spaemann que, de hecho, «los hombres distinguen acciones justas e injustas. Y el criterio último de esta distinción no es la adecuación de las acciones a las leyes positivas existentes, pues estos mismos hombres distinguen también leyes justas e injustas, sentencias justas e injustas»[30]; y iii) un sub-jectum existencialmente autónomo en el que inhieran o tengan su existencia el derecho y los derechos-, como ya lo hemos dicho -y es por otra parte evidente- el derecho en todas sus dimensiones tiene una existencia no autónoma, que Aristóteles llamaría «accidental» y, por lo tanto, necesita de un ente sustantivo que sostenga su existencia; sin esta sustancia, no puede siquiera pensarse el derecho. Ahora bien, los pensadores posmodernos no sólo no proporcionan a la teoría del derecho estos tres elementos, sino que los niegan explícitamente, dando lugar a otras tantas aporías, irresolubles en los marcos de ese mismo pensamiento.

La consecuencia de estas aporías a que conduce inexorablemente el pensamiento de la posmodemidad, sobre todo en la versión del posestructuralismo arqueológico, ha sido la aparición de varios y diversos intentos de solución o de escape a esas aporías; dicho de otro modo, se han ensayado, por parte de una larga serie de pensadores contemporáneos, varias salidas superadoras de estas dificultades y capaces de refundamentar de algún modo al derecho y a los principios de la organización política y reencontrar, por otra parte, al sujeto perdido en la posmodernidad, así como a la necesaria instancia suprapositiva de apelación ética. De entre estos intentos contemporáneos, vamos a detenemos especialmente sólo en dos, los que nos parecen más relevantes en este punto[31], y luego de referirnos brevemente a ellos, esbozaremos una necesaria conclusión programática.

El primero de estos intentos de refundamentación del derecho y la política está dado por lo que puede llamarse «neo-iluminismo»[32] o «tardomodernidad»: para esta corriente, el proyecto moderno es un «proyecto inaca-

---

[29] Vide. Raz, J., *Ethics in the Public Domain,* Oxford, Clarendon Press, 1994, p. 340 y passim.

[30] Spaemann, R., *o.c.*, p. 315.

[31] También podrían efectuarse aquí algunas consideraciones sobre los llamados «comunitaristas» anglosajones, pero las omitiremos por razones de espacio; para una visión de conjunto de este movimiento, vide: Naval, C., *Educar ciudadanos. La polémica liberal-comunitarista en educación,* Pamplona, EUNSA, 1995, pp. 59-126.

[32] Vide. sobre este tema: Possenti, V., *Oltre l'illuminismo,* Milano, Paoline, 1992.

bado» (Habermas), cuyos valores es necesario rescatar por intermedio, ya sea de un retorno a Kant (Rawls, Renaut), a los contractualistas liberales (Nozick, Buchanan) o a la tradición utilitarista (Lyons, Scanlon). A través de este retorno a la tradición moderna, se intenta reivindicar las nociones de sujeto moral[33], de ciertos principios de justicia no-positivos y de una fundamentación racional-constructiva de esos principios.

De este programa, corresponde destacar principalmente la idea de un procedimiento de fundamentación de los principios eticojurídicos de carácter constructivo-procedimental, en lo que termina siendo la acentuación de uno de los caracteres centrales del pensamiento de la modernidad; esta idea adquiere un carácter paradigmático en el pensamiento de John Rawls; para este autor norteamericano, «el constructivismo kantiano sostiene que la objetividad moral ha de entenderse en términos de un punto de vista social adecuadamente construido y que todos puedan aceptar. Fuera del procedimiento de construir los principios de justicia, no hay hechos morales. El que ciertos hechos hayan de ser reconocidos como razones de lo recto y de la justicia, o en qué medida hayan de contar, es algo que sólo se puede determinar desde dentro del procedimiento de construcción, esto es, a partir de los compromisos adoptados por agentes racionales de construcción, cuando se encuentran debidamente representados como personas libres e iguales»[34].

Esta pretensión de reconstruir procedimentalmente la objetividad ética, no es sino una consecuencia tardía del abandono moderno de la ley natural: perdida la objetividad entitativa, fuerte, del pensamiento clásico, no puede sino desembocarse, ya sea en la pérdida absoluta de toda objetividad, como en el caso de los posmodemos, ya sea en el intento de reconstruir esa objetividad de modo formal-procedimental-consensual. En este último caso, se termina en una ética «basada sobre una argumentación puramente retórica, es decir, sobre una serie de argumentos *ad hominem,* mensurada sobre las personas con las que se ha de construir»[35]. Pero esta ética construida procedimentalmente, sin referencia alguna a los datos de la experiencia moral[36] a principios autoevidentes de carácter material o contenutístico, desemboca a su vez en dos aporías fundamentales que la desautorizan en cuanto alternativa válida del nihilismo posmoderno:

---

[33] Vide. Sandel, M., *Liberalism and the Limits of Justice,* Cambridge, Cambridge U.P., 1992, pp. 15-65.

[34] Rawls, J., «El constructivismo kantiano en la teoría moral», en *Justicia como equidad,* trad. M.A. Rodilla, Madrid, Tecnos, 1986, p. 140.

[35] Vattimo, G., *La filosofía al presente,* Milano, Garzanti, 1990, p. 86.

[36] Acerca de la noción de experiencia moral, vide.: Privitera, S., *Dall'esperienza alla morale,* Palermo, Ed. OFTES, 1985.

a) La primera de ellas es que nos encontramos frente a una fundamentación «débil» de una normatividad constitutivamente fuerte como es la jurídica; en efecto, la obligatoriedad o exigibilidad de las normas o poderes jurídicos -al menos de los que aparecen como centrales en todo derecho- no puede ser pensada sino como exigiendo un respeto incondicionado, absoluto o sin excepción: una obligación que pudiera ser «sobrepasada» o dejada de lado por consideraciones de utilidad personal o colectiva, conveniencia subjetiva o fastidio personal, no podría ser considerada rigurosamente como jurídica. La necesidad deóntica es uno de los caracteres imprescindibles de la juridicidad, al menos en su núcleo central y en su significación más propia, y es evidente que la fundamentación procedimental -constructiva no alcanza la «fuerza» necesaria como para justificarla racionalmente.

b) La segunda de las aporías del constructivismo-procedimental-consensual, reside en lo que hemos dado en llamar la «falacia procedimentalista», que consiste en la pretensión de obtener principios eticojurídicos contenutísticos del mero procedimiento argumentativo de la razón práctica constructiva. Arthur Kaufmann ha puesto en evidencia, en uno de sus últimos trabajos[37], cómo resulta imposible, sin incluir en el razonamiento contenidos que se deban en alguna medida a la experiencia, extraer conclusiones materiales o contenutísticas. Esto es, por otra parte, una exigencia ineludible de la lógica, que impide que en las conclusiones de un razonamiento aparezca algo no contenido de algún modo en las premisas antecedentes. De este modo, si lo que se pone en las premisas del razonamiento procedimentalista son meras construcciones formales (situaciones originales, velos de ignorancia, liberaciones de dominio, etc.), lo que resultará en la conclusión, por más vueltas que se le dé a los argumentos, no será sino un conjunto de proposiciones sin contenido material y referidas a las meras formas del razonamiento.

Los intentos de refundamentación (II): el Neoiusnaturalismo

Pero es bien claro que no es esta eticidad débil y meramente formal lo que puede superar las aporías planteadas tan agudamente por la posmodernidad jurídica; esta salida «neoiluminista» no es en realidad una salida, sino más bien una recaída agravada en las perplejidades y dificultades insalvables del pensamiento moderno. Por ello, es preciso dirigir la mirada hacia otro de los intentos de superación del nihilismo irracionalista, que a la vez lo es también del racionalismo constructivista y del positivismo propios de la mentalidad moderna: se trata de la más reciente renovación del pen-

[37] Vide. Kaufmann, A., *La filosofía del derecho en la posmodernidad,* trad. L. Villar Borda, Bogotá, Temis, 1992, pp. 47 ss.

samiento iusnaturalista. En esta renovación, lo que se intenta ante todo es la reformulación de un objetivismo eticojurídico que tenga como base a la verdad, para lo que resulta imprescindible abrirse nuevamente a la naturaleza de las cosas humanas; esta apertura, sobre todo en el ámbito de sociedades multiculturales, deberá hacerse a través de un diálogo lo más amplio posible, pero habrá de tratarse de un «diálogo veritativo»[38], estructurado sobre el supuesto de la posibilidad de alcanzar la verdad en el ámbito de la praxis humana. Esta verdad, por otra parte, no podrá alcanzarse sin un necesario recurso a la experiencia, sensible y espiritual, de las realidades propia y específicamente humanas.

Sólo sobre esta base será posible, en segundo lugar, alcanzar una fundamentación «fuerte» del derecho y de las instituciones políticas, una justificación racional de la regulación de la praxis humana que alcance el grado de inexcepcionabilidad que esa regulación requiere. Y para ello, será también necesario arraigar la realidad jurídica en un sujeto existencialmente autónomo que, a raíz de su racionalidad y su libertad, habrá de revestir el carácter de persona; persona que no se confundirá con el sujeto autosuficiente, constructor y único dador de sentido propio del pensamiento moderno, sino que se tratará de una sustancia racional constitutivamente abierta a la «coexistencia ontológica» (Cotta) con sus semejantes y ordenada a una perfección por la que se participa de un bien humano común.

Para la realización de esta tarea, será más que conveniente recurrir a la milenaria tradición de la doctrina de la ley natural; pero es indudable que, hoy en día, no basta con remitirse a los aportes de una tradición para hacer nuevamente aceptable la idea de la existencia de algo intrínsecamente justo: una nueva época requiere una nueva versión del derecho natural. Esto no significa sostener que deba tratarse de una versión completamente nueva, sino que ha de formularse a partir de los nuevos datos aportados por la actual experiencia de la vida social: por ejemplo, de las exigencias que se siguen de la actual crisis ecológica o de los planteamientos morales y jurídicos engendrados por la biología y la medicina contemporáneas. Y no sólo las nuevas experiencias habrán de ser tenidas en cuenta, sino también las más recientes aportaciones efectuadas en el campo de la filosofía y de la metodología, tales como la hermenéutica, la contemporánea metateoría de la ciencia y la filosofía analítica, convenientemente criticadas en sus reduccionismos, sus contradicciones y sus consecuencias indeseadas.

Por supuesto que esta tarea no es de las más fáciles; es mucho más cómodo remitirse dogmáticamente a textos venerables, interpretados según

[38] Chalmeta Olaso, G., *Ética especial. El orden ideal de la vida buena,* Pamplona, EUNSA, 1996, p. 202.

claves hermenéuticas también venerables. El problema es que la versión del derecho natural que de allí resulta es poco comprensible -sino incomprensible- para los hombres de hoy. Y resultará entonces que esas doctrinas de derecho natural, mantenidas inconmovibles e inmodificables a lo largo de los siglos, no podrán cumplir la función crítica y de justificación racional que estos tiempos -como todos los tiempos- requieren de ellas. Es preferible, por lo tanto, correr el riesgo de repensar -siempre con la ayuda de la tradición iusnaturalista- los problemas que la vida social contemporánea, y en especial la jurídica, plantean agudamente al espíritu humano y resolverlos desde una perspectiva dialógica pero veritativa, plural pero no relativista, racional pero no sistemista, universalista pero abierta a la diversidad de las concreciones prudenciales de los principios de derecho natural. Se podrá alegar que esta tarea es ardua, compleja y riesgosa, pero también es verdad que no existe ni ha existido aventura humana que no revista esos caracteres. Y ésta, en especial, merece la pena ser asumida con decisión y grandeza de espíritu.

Finalmente, y antes de esbozar las correspondientes conclusiones, resumiremos esquemáticamente en un cuadro lo sostenido en los desarrollos realizados hasta ahora; el cuadro es el siguiente:

PENSAMIENTO MODERNO	**FILOSOFÍA JURÍDICA MODERNA**	**REACCIÓN MODERNA**	**INTENTOS DE SUPERACIÓN**
Pérdida de la noción teleológica-normativa de naturaleza	Pérdida de la noción de «ley natural»- Razón constructiva	Crítica de la razón sistemática («grandes relatos»)	Neo-Iluminismo procedimental-
Sujeto configurador y dador de sentido de sus objetos	Aparición de la moderna noción de «derechos humanos»	Crítica de la noción de sujeto: estructuras anónimas inconscientes	consensual
Inmanentización progresiva del pensamiento y la vida	Fundamentación inmanente del derecho: racional-imperativista	Crítica de la fundamentación moderna del derecho: sólo arqueología del saber- poder	Renacimiento de las teorías iusnaturalistas

Conclusiones

De todos los desarrollos realizados, es posible extraer dos conclusiones principales para la problemática que nos ocupa, que resumiremos sucintamente del siguiente modo:

a) La teoría del derecho natural se encuentra, en los tiempos posmodernos, en una situación paradojal: por una parte, aparece como la necesaria sa-

lida del atomismo nihilista y des-fundamentador del crepúsculo de la modernidad pero, por otra, se encuentra con graves dificultades de formulación y comunicación al hombre contemporáneo. En efecto, el hombre de nuestros días no comparte las certezas e imágenes que sí compartían quienes formularon antes de la edad moderna las doctrinas clásicas del derecho natural; dicho de otro modo, ya no es posible dar por sentado toda una serie de presupuestos nocionales: la concepción teleológica de la naturaleza, el sujeto como sustancia racional, el carácter trascendente del fundamento de la eticidad, etc. Por lo tanto, el intento de re-fundamentar el derecho a partir de las estructuras de la realidad tiene que vérselas hoy en día con numerosos desafíos, el primero de los cuales es el de iniciar esta tarea desde mucho más «atrás» -o mucho más «profundo»- y con muchos menos supuestos de lo que lo hicieran la mayoría de las formulaciones anteriores, inclusive algunas de bien entrado este siglo;

b) A pesar de estas dificultades de constitución y formulación, la teoría del derecho natural tiene algunas funciones irreemplazables que cumplir en este tiempo de postrimerías y ocaso de la modernidad[39]. Estas funciones son, ante todo, la de procurar la necesaria fundamentación «fuerte» de las realidades jurídicas, es decir, la de suministrar una justificación racional de su obligatoriedad y exigibilidad, de tal modo que resulte proporcionada al carácter inexcusable o absoluto -en sentido deóntico- de los imperativos, deberes y potestades jurídicas. Y en segundo lugar, pero en rigor de mayor importancia, es función inexcusable del derecho natural afirmar y asegurar la indisponibilidad del derecho; «en contra de la doctrina del positivismo legalista -escribe Günter Ellscheid- según la cual corresponde al Estado (y a los poderes humanos en general; CIMC) la disponibilidad sobre el derecho, el derecho natural pretende impedir (real o, al menos, normativamente) la posibilidad de que la legislación manipule al derecho. La idea de la indisponibilidad del derecho -concluye- siempre se ha considerado inherente a la idea de derecho natural, pues la naturaleza se ha entendido invariablemente como lo no establecido por la praxis humana»[40]. Ahora bien, como estas funciones resultan, dado el carácter de las realidades jurídicas, absolutamente necesarias, se vuelve también necesario abordar la tarea de reformulación de la teoría del derecho natural; esta tarea habrá de realizarse

[39] En este punto cabe recordar el valioso libro de Romano Guardini, *El fin de los tiempos modernos,* Buenos Aires, Sur, 1958 (el original alemán es de 1950), donde se plantea el problema del ocaso de la modernidad varios años antes de la aparición de la literatura «posmoderna».

[40] Ellscheid, G., «El problema del derecho natural. Una orientación sistemática», en AAVV., *El pensamiento jurídico contemporáneo,* ed. Gregorio Robles, Barcelona, Debate. 1992, p. 149.

encarando y superando las dificultades que nuestro tiempo le plantea, pero sin amedrentarse o defeccionar ante la complejidad y multiplicidad de esas dificultades. Ellas han de ser, antes que obstáculos, nuevos desafíos a las inteligencias abiertas y comprometidas con la defensa del núcleo de humanidad que no puede faltar jamás en el derecho.

VALORES, PRINCIPIOS, NORMAS. DIMENSIÓN HERMENÉUTICA DE LA DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Andrés Ollero
Universidad de Granada (España)

Al figurar la igualdad en el artículo 1.1 de la Constitución Española como uno de los «valores superiores de su ordenamiento jurídico», cabría discutir teóricamente si con ello se «pone» una auténtica norma jurídica o se abre paso a operaciones axiológicas[1]. Dentro ya de la praxis jurídica, la jurisprudencia constitucional española sobre discriminación por razón de sexo resalta la dimensión hermenéutica inseparable de toda realidad jurídica, y con ella las limitaciones de un planteamiento -aún dominante- que tiende a presentar como sinónimos estos cuatro términos: *derecho = positivo = norma = ley.*

Reflexionando sobre ello podríamos contar con nuevos elementos de juicio para responder a una cuestión, quizá paradójica: ¿son propiamente *jurídicos* esos *valores* superiores de un *ordenamiento* al que, por definición, sí se considera tal? La mentada ecuación invita a una respuesta negativa: nada habría pre-legal, pre-normativo ni pre-positivo que quepa considerar «jurídico»; es el propio ordenamiento, como *sistema* de normas puestas, el que aporta el criterio identificador y demarcador de lo jurídico; sólo las leyes (normas puestas, por antonomasia) defectuosas precisarían el complemento de unos principios, sólo así convertidos -por esa vía tasada- en jurídicos; toda referencia axiológica sería tan superflua y peligrosa[2] como ajena a la realidad del derecho.

---

[1] De ello me ocupé ya en *La Constitución entre el normativismo y la axiología,* incluido en *Derechos humanos y metodología jurídica,* Madrid, Centros de Estudios Constitucionales, 1989, págs. 225-241.

[2] Sobre estas «peligrosas jerarquizaciones axiológicas» cfr. el punto 4º del voto particular del Magistrado F. TOMAS Y VALIENTE a la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 53/1985 de 11 de abril, que declaró inconstitucional el primer proyecto de ley despenalizadora del aborto en determinados supuestos -«Boletín de Jurisprudencia Constitucional» (en adelante «BJC») 1985 (49), pág. 538. Sobre el particular el epígrafe «La vida: ¿derecho o valor?» de nuestro libro *Derecho a la vida y derecho a la muerte. El ajetreado desarrollo del artículo 15 de la Constitución,* Madrid, Rialp, 1994, págs. 29-31.

Para admitir que dichos valores son realmente «jurídicos» habría que establecer forzadamente que los valores superiores no son sino normas peculiares, manejables pulcramente sin caer en el ámbito de la axiología. Se ignoraría la dimensión hermenéutica de lo jurídico, al considerarse toda actividad interpretativa como fruto de una patológica situación de emergencia (los famosos «casos difíciles»).

En consecuencia: sólo la *aplicación técnica* de la norma nos pondría a salvo de *interpretaciones político-valorativas.* Para ello bastaría contar con normas claras, susceptibles de una captación literal no valorativa. En su defecto, sería preciso recurrir a una metodología científico-jurídica capaz de controlar sin fisuras la excepcional manipulación de las normas. El recurso a la interpretación *teleológica,* más atenta a los resultados previsibles en un contexto social determinado que a exigencias de racionalidad *lógica,* nos adentraría ya inevitablemente en el ámbito metapositivo de la propuesta *axiológica:* a la creación política de nuevo derecho. Habría que huir de dicha tentación, renunciando a un *activismo judicial,* que ignoraría ilegítimamente las prerrogativas del legislador.

La jurisprudencia constitucional sobre discriminación por razón de sexo nos sugiere planteamientos bien distintos:

1. La igualdad, como *valor* superior del ordenamiento tiene la efectividad propia de una *norma* constitucional, sin que ello le impida operar a la vez como *principio.* Resulta, pues, artificial plantear como un dilema la relación entre principios y normas, situando a éstas en terreno propiamente jurídico mientras aquéllos quedarían en el limbo de los buenos deseos[3].

Hablar, en serio, de *valores* del ordenamiento jurídico supone reconocer que hay valores que -ellos mismos, y no sólo las normas que los recogen- son propiamente jurídicos. Cuando se nos explicita que «la igualdad consagrada en el artículo 14, de *carácter jurídico,* vincula a todos los poderes públicos»[4], se nos recuerda precisamente eso, y no una obviedad formal: todo artículo de la Constitución debe considerarse jurídico.

---

[3] Así parecía entenderlo el entonces existente Tribunal Central de Trabajo en la resolución que dio pie, vía recurso de amparo, a la STC 144/1989 de 18 de septiembre, al negar que «el texto constitucional en su previsión de un sistema de Seguridad Social que ampare el infortunio (art. 41) pueda retrotraer sus proclamaciones, en este caso ciertamente programáticas, a situaciones consolidadas con mucha anterioridad a su vigencia». La respuesta del Tribunal Constitucional recuerda de modo contundente el carácter tan jurídico como pre-legal por el que «el principio de igualdad vincula también al legislador» -F. 2 («BJC» 1989 (102), pág. 1422).

[4] STC 34/1981 de 10 de noviembre, F. 3 A) («BJC» 1981 (7), pág. 513). El citado artículo 14 de la Constitución Española reconoce que «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

Valores, principios y normas no acaban con frecuencia combinados por mera falta de precisión terminológica[5]. Nos expresan un peculiar *sistema,* no compuesto sólo de normas (como exigiría el *normativismo*), nítidamente puestas (como exigiría el *positivismo*), tras un transparente procedimiento legislativo (como exigiría el *legalismo*). Valores -que operan como principios informadores del ordenamiento, lleguen o no a conformarse como normas- animarán ese proceso de positivación de una concepción de la justicia en que toda actividad jurídica consiste.

De que la efectividad de dichos valores se considere tan obligada como la de cualquier otra realidad jurídica, dependerá que la existencia del Estado social y democrático de Derecho contemplado en el mismo artículo[6] pueda tomarse en serio.

2. La igualdad se convierte en prueba fehaciente de la existencia de principios *jurídicos pre-legales,* capaces incluso de derogar normas[7]. Así lo ponen de relieve los problemas planteados en el ordenamiento español por la pervivencia de diversidades de trato derivadas de normas pre-constitucionales que brindaban a la mujer un paradójico protectorado.

Al discutirse, por ejemplo, si «la aplicación de los *principios generales* de nuestro actual ordenamiento laboral» impedirían establecer sólo «en favor de las mujeres un descanso nocturno, mínimo y continuo, de doce ho-

---

[5] Resulta así más comprensible leer que «se estaría desconociendo el superior *valor* que en el régimen democrático tiene el *principio* de la igualdad básica de todos los ciudadanos y de lo que esto supone en orden a la supresión de toda desigualdad de trato. La igualdad se configura como un *valor superior* que, en lo que ahora importa, se proyecta con una eficacia transcendente, de modo que toda situación de desigualdad persistente a la entrada en vigor de la *norma* constitucional deviene incompatible con el orden de *valores* que la Constitución como *norma* suprema proclama» -STC 8/1983 de 18 de febrero, F. 4 («B.JC» 1983 (23), pág. 246), que reconoce a las recurrentes su derecho «a no ser discriminadas por la persistencia de la situación de excedencia por razón de matrimonio», para lo que «deberá la Compañía Telefónica Nacional de España reingresarlas».

[6] Exigirá, por ejemplo, que se establezcan «unos techos salariales mínimos», «respondiendo a aquellos valores de justicia e igualdad» -STC 31/1984 de 7 de marzo, F. 9 («BJG» 1984 (36), pág. 556)- aunque se admita que el principio «a trabajo igual, salario igual» es constitucionalmente compatible con reducciones salariales fundadas en el menor valor del trabajo -F. 11 (pág. 557).

[7] Este reconocimiento de los valores jurídicos como auténticos motores del proceso de positivación, explica el cambio operativo experimentado por los *principios jurídicos* durante este siglo en el ámbito continental europeo. Los *principios generales del derecho* aparecían como doblemente *post-legales:* porque su validez subsidiaria entraba en juego en defecto de ley, y porque su contenido se consideraba como mera decantación del de las leyes que componían el ordenamiento. Ahora los principios, a fuer de jurídicos, se presentan como netamente prelegales. Sobre el particular *Droit naturel et Jurisprudence de principes»* (*avec reference à la Constitution espagnole de 1978*), Weltkongress für Rechts- und Sozialphilosophie. Basel 1979, *Contemporary Conceptions of Law* «Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie» (Supplementa) vol. I, part 1, págs. 629-639.

ras», se da por «cierto» que tales «principios laborales generales» no eran aplicables al caso por existir ley en contrario; para afirmar de inmediato lo contrario, «si con ello se pretende mantener que no es aplicable a estas relaciones el principio de igualdad», que es un *principio básico* de nuestro ordenamiento en todas sus ramas»[8].

3. Sólo forzadamente cabría considerar a la igualdad como *norma positiva* peculiar. Activa resortes hermenéuticos (como lo razonable o lo proporcional), que encubren implícitos *principios* de justicia, que pugnan por positivarse. Si el citado artículo 14, al vetar toda discriminación, no enumera «una lista cerrada de supuestos de discriminación» -sino que resalta la «explícita interdicción del mantenimiento de determinadas diferenciaciones históricamente muy arraigadas»[9]- esa primera inevitable integración se amplía, al tener el propio Tribunal que definir el término discriminación, tampoco precisado en el texto.

Un tratamiento desigual «puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho para la efectividad de los *valores* que la Constitución consagra como superiores del Ordenamiento como son la justicia y la igualdad». Sólo habría discriminación cuando «la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable»[10]. No queda tan claro dónde estaría «puesta» esa razón capaz de justificarla.

El Tribunal, al dictaminar la «inconstitucionalidad sobrevenida» de la Ley de Derechos Pasivos -que establecía que el funcionario jubilado que volviese al servicio activo, no adquirirá derecho a mejorar su anterior clasificación por servicios prestados con posterioridad-, brindaba generosa respuesta: «la existencia de tal justificación debe apreciarse en relación a la *finalidad* y *efectos* de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de *proporcionalidad* entre los medios empleados y la finalidad perseguida»[11].

---

[8] El «basarse en una valoración proteccionista del trabajo de la mujer que no tiene vigencia en la sociedad actual, y que no está demostrado que tenga como consecuencia su promoción real y efectiva», convierte en «nulos» todos los «actos de aplicación» de dichas normas, «no porque lo imponga el Estatuto de los Trabajadores o cualquier otra Ley ordinaria, sino porque lo prohíbe directamente la Constitución» -STC 38/1986 de 21 de marzo, F.3 («B.JC» 1986 (60), págs. 461-462).

[9] Entre otras, la STC 128/1987 de 16 de julio, F. 5 («BJC» 1987 (76-77), pág. 1206).

[10] Todo ello plantea la necesaria «apreciación de en qué medida la *Ley* ha de contemplar situaciones distintas», lo que no podrá «dar lugar a un resultado que vaya contra derechos o libertades reconocidos en la Constitución (artículo 53.1) ni en general contra cualquier precepto o *principio* de la misma» -STC 34/1981 de 10 de noviembre, F. 3 B) («BJC» 1981 (7), pág. 513).

[11] STC 34/1981 de 10 de noviembre, F.3 C) (ibidem). Tan peculiar «aplicación normativa» llevará a dictaminar que se ha producido una «inconstitucionalidad sobrevenida» de la Ley de Derechos Pasivos que establecía que si un funcionario jubilado «volviese al servicio activo

Convencemos de que nos estamos limitando a *aplicar* una *norma puesta* exigiría notable fe normativista y positivista. Más bien parece que hemos manejado un *principio,* para *positivar interpretativamente* exigencias derivadas de un valor. Así se diagnosticó, en clave crítica: cuando «los *supuestos de hecho* son razonablemente desiguales, no hay ninguna tacha de constitucionalidad que oponer a la desigualdad de las *consecuencias jurídicas*»; si no, «el principio de igualdad y el control de constitucionalidad que conlleva corren el riesgo de convertirse en control valorativo de la justicia de las soluciones legislativas». El *positivismo* no digiere el embate: «la referencia a la naturaleza de las cosas, al carácter razonable y a otros parámetros semejantes a los que se suele recurrir para delimitar la igualdad permite una inclinación hacia el *iusnaturalismo,* que debe ser cuidadosamente evitado por una jurisdicción constitucional. La igualdad es igualdad en la ley positiva»[12].

También el *normativismo* parece que se desencuaderna: «no es posible reducir cada uno de los supuestos de hecho o cada una de las *normas* en cuestión a un principio general del derecho (!), no expresamente formulado por la ley, para decidir la igualdad en él o con arreglo a él, porque entonces no se trata de igualdad ante la ley, sino de igualdad ante los *principios*»[13]. Queda la duda de si nos encontramos ante la caprichosa traición axiológica de imperativos técnicos derivados de la norma, o nos limitamos a constatar cómo los principios introducirán, dentro del proceso de positivación de lo jurídico, juicios de valor.

4. Como consecuencia, el *criterio literal* de interpretación de las normas -*subordinado* al juego de los principios confluyentes en el caso- queda reducido a una más entre las herramientas disponibles a la hora de hacer justicia. La reflexión sobre el derecho llevada a cabo desde la hermenéutica existencial llamó la atención sobre algo obvio: difícilmente podrá la cla-

---

por cualquier causa, no adquirirá derecho alguno a mejorar su anterior clasificación por servicios prestados o haberes percibidos con posterioridad». Al estimarse que la situación de los funcionarios, jubilados previamente o no, «no es distinta mientras coincide temporalmente», ya que todos prestan «servicios efectivos dentro de la misma relación funcionarial», se concluye que «no puede calificarse de *razonable* la diferencia de trato», al extraerse «unas *consecuencias desproporcionadas* de una distinción de situaciones objetiva» -F. 4 (pág. 514).

[12] «Y significa que a igualdad de hechos hay igualdad de consecuencias jurídicas» -Voto particular que formula el Magistrado don Luis DÍEZ PICAZO a la citada STC 34/1981 de 10 de noviembre (ibidem, pág. 516).

[13] STC 34/1981 de 10 de noviembre (ibidem). También la STC 192/1991 de 14 de octubre, F. 4, acreditará la constitucionalidad de «la ruptura del criterio general de la antigüedad en la resolución de los concursos de traslado (entre funcionarios) que introduce el "turno de consorte"», porque «encuentra justificación razonable, objetiva y proporcionada» («BJC» 1991 (127), pág. 66).

ridad de la norma excluir toda interpretación, porque sólo después de interpretarla sería posible dictaminar si es más o menos «clara».

El establecimiento de pensiones reservadas sólo a viudas había llevado a un órgano judicial a estimar que «las reglas de la *hermenéutica* deben tenerse en cuenta en los supuestos de oscuridad e insuficiencia; pero ante la claridad y contundencia del texto normativo de que se trata, sólo es dada la *aplicación* estricta»[14]. El Tribunal Constitucional acabaría rechazando «la *aplicación,* en su tenor literal, de la norma discriminatoria», por dar paso a «una *interpretación* insuficiente de las exigencias que derivan del principio constitucional de igualdad»[15]. La interpretación literal se ve reducida a una más -entre otras posibles- y no necesariamente la mejor.

5. El *criterio teleológico,* antes postergado a las arriesgadas fronteras de una integración de emergencia, no es sino el ingrediente habitualmente *primario* de todo razonamiento jurídico. Esto se pondrá fácilmente de relieve cuando, tras dictaminar la existencia de una discriminadora vulneración de un derecho, haya que plantearse también el modo más eficaz de subsanarla.

Resultará ineludible para el Tribunal ponderar hasta *tres principios,* expresivos todos ellos de *un* mismo *valor:* el de la igualdad. Mientras el principio de *no discriminación* vetaba toda desigualdad de trato sin fundamento objetivo y razonable, admitida la necesidad de tratar desigualmente a los desiguales, entrarán en juego otros dos. El que anima a mantener un paternal *protectorado,* por entender que la mujer es y debe seguir siendo desigual, establece medidas que eviten una equiparación con el varón que tendría para ella consecuencias negativas. Cuando, por el contrario, la desigualdad se considera rechazable, un diverso principio impulsará medidas de *acción positiva,* que favorezcan en la vida pública una deseable equiparación de mujer y varón. Medidas residuales de *protectorado* paternalista abonaban a los Ayudantes Técnicos Sanitarios que trabajaran en domingo -si se trataba de personal femenino- las doce horas de su turno como extraordinarias, mientras a los varones sólo se le reconocían como tales las tres que excedían de su habitual horario laboral.

---

[14] Ello, para el extinto Tribunal Central de Trabajo, «en el presente supuesto conduce a negar al viudo varón un beneficio únicamente establecido para la viuda», y, dado que «las regulaciones de los diferentes y sucesivos sistemas de previsión social están establecidas atendiendo a las circunstancias socioeconómicas del momento histórico correspondiente», «no cabe que el juez modifique sus propios términos en atención a sistemas posteriores» -STC 144/1989 de 18 de septiembre, F. 2 («BJC» 1989 (102), pág. 1422).

[15] «El órgano judicial debió considerar derogada por la Constitución la norma que establece esa desigualdad de trato en vez de aplicarla en sus propios términos, originando en la práctica un claro atentado al artículo 14 de la Constitución» -STC 144/1989 de 18 de septiembre, F. 3 (ibidem, págs. 1422-1423).

Como «la protección de la mujer por sí sola no es razón suficiente para justificar la diferenciación», había que someter a contraste la posible discriminación[16]. No parecía muy razonable una generosa «protección», consistente quizá en dar por sentado que el domingo la mujer ha de estar en casa, dedicada a «sus labores», mientras el varón disfrutaría en dicha jornada de una autonomía perfectamente fungible con la de martes o jueves.

A la hora de restablecer eficazmente la igualdad conculcada, se ofrecían dos opciones: «puede privarse a la mujer de la condición privilegiada que en un momento anterior se le concedió, o puede ampliarse el contenido de los derechos del varón para que llegue a poseer el mismo alcance». La *teleología* entra en juego, jerarquizando los objetivos favorecidos por una u otra opción. El Tribunal (tras sólo un año de funcionamiento) decide con audacia que «el carácter social y democrático del Estado de Derecho que nuestra Constitución erige» impediría «privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales ya conseguidas»[17]. Las horas pasarían, pues, a pagarse a unas y otros como extraordinarias, sin que ni un voto particular empañe tan generosa solución...

Llegará a conclusiones más sobrias cuando -diez años después- dictamine sobre la existencia de un plus de transporte nocturno sólo para trabajadores de sexo femenino. Como fundamento objetivo y razonable de tal desigualdad, el órgano judicial había aludido a «razones de carácter sociológico»; como el «mayor riesgo o conciencia de inseguridad de la mujer respecto al hombre durante la noche, ante la posibilidad de un ataque»[18]. El Tribunal, que no considera «excluida "a priori"» toda posibilidad de que se atribuyese también el plus de transporte a los trabajadores varones», aprovecha además para recuperar tesoros de sabiduría popular: hay cariños que matan. Paternalismos aparte, parece exigible «la eliminación de las *normas protectoras* del trabajo femenino que pueden constituir en sí mismas un

---

[16] Una vez más, «para enjuiciar la diferencia entre los supuestos de hecho debe partirse del *carácter razonable*, y *teleológicamente* fundado, del factor a través del cual la diferenciación se introduzca» -STC 81/1982 de 21 de diciembre, F. 2 («BJC» 1983 (21), págs. 71 y 70). La norma originadora del conflicto era una Orden Ministerial, sólo cinco años anterior a la Constitución.

[17] STC 81/1982 de 21 de diciembre, F. 2 (ibidem, pág. 71).

[18] «Lo cual le induciría a tener que utilizar medios de transporte más seguros -y más caros- que los que podía utilizar durante el día». Aun siendo «constitucionalmente legítimas aquellas medidas que tienden a compensar una desigualdad real de partida», «en beneficio de determinados colectivos, históricamente desprotegidos y marginados», todo invita a examinar si nos hallamos ante «una norma "protectora", que responde a una concepción no igual de la mujer como trabajadora», o ante «una medida tendente a compensar una desigualdad de partida y que trata de lograr una igualdad efectiva de acceso y de mantenimiento del empleo de la mujer en relación con el varón» -STC 28/1992 de 9 de marzo, F. 3 («BJC» 1992 (132), pág. 12).

obstáculo para el acceso real de la mujer al empleo en igualdad de condiciones de trabajo con los varones». A fin de cuentas, el citado plus encarecía la contratación femenina, lo que podría acabar resultando un modo en exceso imaginativo de fomentarla.

Planteando el modo de subsanar la vulneración, el varón recurrente no había dudado en exigir -esgrimiendo su derecho a la igualdad- el abono del susodicho plus; persuadido quizá de no ser del todo inmune a peligros nocturnos. El Tribunal rechazará ahora la posible «extensión de este privilegio»[19], si bien es cierto que siete años más tarde de que se hubiera ya extendido a los varones el discutido plus. Todo parece indicar que -al negar lo ya obtenido- evitaba consolidar una línea doctrinal no exenta de consecuencias económicas.

Dos años después tendrá nueva oportunidad de pronunciarse sobre una posible *«bilateralización» de la medida,* como modo de solventar casos de trato desigual. La Ordenanza de Seguros ofrecía al personal femenino, al contraer matrimonio, la posibilidad de rescindir el contrato y optar por una indemnización (de más de seis millones, en el caso de la recurrente). Ésta, al serle denegada, argumentará que «cuando un precepto favorece sólo a las mujeres», el juego del «principio de igualdad no conlleva que el derecho deba de ser suprimido, sino el que haya de reconocérselo a los hombres»[20].

Al Tribunal le parece decisivo cerciorarse de que toda medida presuntamente protectora de la mujer «no haya perdido su *razón de ser*», por «perpetuar patrones o estereotipos culturales ya superados», que «consolidan la situación discriminatoria contra la que se reacciona»[21]. Aunque la propia víctima pueda «desear su aplicación», «el consentimiento del sujeto discriminado no alcanza a sanar la naturaleza intrínsecamente inconstitucional del tratamiento», que somete «a las mujeres a un régimen promocional de

---

[19] Porque «implicaría, en el presente caso, crear una norma nueva, cuya formulación concreta no podría hacerse además sino en términos muy inciertos» -STC 28/1992 de 9 de marzo, F. 3 y 4 (ibidem, pág. 12). Previamente no había descartado «la inaplicación de la norma», por mantener «un privilegio en favor de las mujeres, no tanto como norma discriminatoria sino como norma *protectora*».

[20] STC 317/1994 de 28 de noviembre, A. 3 («BJC» 1994 (164), pág. 128).

[21] Aludiendo a cómo «el Convenio sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 18 de diciembre de 1979, reitera la necesidad de que los Estados firmantes adopten las medidas necesarias» al respecto, invitará a esforzarse «para "modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basadas en funciones estereotipadas"». Se trataría en concreto de erradicar aquéllas que «perpetúan y reproducen, en la práctica, la posición de inferioridad social de la población femenina, partiendo de presupuestos como la inferioridad física o, por lo que ahora interesa, de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares» -STC 317/1994 de 28 de noviembre, F. 2 (ibidem, pág. 130).

la terminación del contrato que derechamente conduce a su expulsión del mercado de trabajo»[22].

De buenas intenciones puede estar el infierno lleno; no cabrá manejar adecuadamente el criterio teleológico sin considerar las consecuencias que el objetivo perseguido acaba generando. «La existencia de una edad de jubilación más temprana» para ella, podría incluirse, por ejemplo, entre aquellas «medidas de *acción positiva*» tendentes a corregir la «histórica situación de inferioridad de la mujer», que la sitúa en un «desigual punto de partida». El Tribunal teme que su puesta en práctica «afecte negativamente a la igualdad de oportunidades de acceso al empleo del propio colectivo femenino discriminado», ofreciéndole ventajas sólo a la hora de ver rechazada su solicitud de trabajo. A su juicio, la medida ha «perdido su razón de ser»[23] lo que le permitirá descartar de nuevo esa igualación por arriba, de consecuencias nada inocuas.

El primado de lo *teleológico* explica que, repetidamente, nos haya salido al paso la alusión a la existencia o inexistencia de una *razón de ser,* como versión más dinámica de ese *fundamento objetivo y razonable* capaz de discernir entre una discriminación y una irrelevante desigualdad. Toda actividad jurídica -o sea, la realidad del derecho- mantiene una vieja querencia a vincularse con la razón[24]. Podría aducirse, apelando a lo teleológico en clave «débil», que lo jurídico siempre tiene una *razón:* nadie hace nada sin motivo. Parece, sin embargo, que afirmamos bastante más cuando atribuimos a algo una razón *de ser.* Más allá de todo *relativismo,* habría razones más cercanas que otras a la realidad de las cosas: o sea, a la del derecho.

Insistiendo en versiones «débiles», o políticamente correctas, cabría apelar aún a una clave *historicista*. Algo cobraría o perdería razón de ser con el mero transcurso del tiempo, por sintonizar más o menos con la mentalidad dominante. Quienes cuestionaban las horas extraordinarias del trabajo dominical de las enfermeras, sugerían, por ejemplo, que «tales medidas deben ser sometidas a revisión para derogarlas si es que carecen de *actualidad*». El Tribunal no dejó de mostrar su escándalo: «el problema no es la conformidad de la solución jurídica con las convicciones o creencias actuales, que es a lo que puede llamarse "actualidad", sino su conformidad con la Constitución»[25]. Ésta tiene, pues, peculiares razones, no identificables necesariamente con las opiniones mayoritarias.

---

[22] «Así como a perpetuar la situación de desventaja en el acceso y el mantenimiento del puesto de trabajo» -STC 317/1994 de 28 de noviembre, F. 3 y 4 (ibidem, pág. 130).

[23] STC 16/1995 de 24 de enero, F. 7 y 3 («BJC» 1995 (166), págs. 84 y 83).

[24] Ello nos ha llevado a preguntarnos *¿Tiene razón el derecho? Entre método científico y voluntad política,* Madrid, Congreso de los Diputados, 1996.

[25] STC 81/1982 de 21 de diciembre, F. 2 («BJC» 1983 (21), pág. 71).

El «contenido esencial» de los derechos y libertades, al que se refiere su artículo 53. 1, se sitúa por encima de la opinión coyuntural de los ciudadanos y de las no menos coyunturales mayorías parlamentarias. Por eso podrá servir de referencia a la hora de defender -contra cualquier mayoritaria tentación opresora- a las minorías de turno, que suelen ser siempre las discriminadas. Nada más absurdo, que convertir a *tópicos* de actualidad en fundamento de una liberadora *utopía*[26].

El «contexto social» no nos serviría para fijar cuál *es* la medida con razón de ser en un momento determinado; si acaso, nos ayudará a traslucir cuál *ha sido* en su momento la razón capaz de explicar su hoy cuestionable existencia. Tal ocurrió al hacerse depender el posible reingreso de un trabajador -en excedencia forzosa por matrimonio- «del momento en que se constituya en cabeza de familia». Su análisis confirmaba que dicho concepto revestía en el caso «un sentido claramente discriminatorio». En clave protectora, se reservaba al marido[27], porque «lejos de ver en la actividad laboral de la mujer, libremente elegida, un medio de expresión y desarrollo de su propia condición humana», «se proclamaba como un objetivo del Estado "liberar" a la mujer casada "del taller y de la fábrica"»[28].

6. La *pasividad judicial,* propia de la aplicación técnica de la norma, acaba resultando inviable, si no quiere reducirse el juego de la igualdad a la exclusión de discriminaciones futuras, cerrando los ojos ante la necesaria *eliminación de desigualdades* arraigadamente vigentes en la realidad social.

Un valor superior, como el de la igualdad, capaz de alentar hasta *tres principios* de muy diverso juego, no se deja encerrar en el marco de una norma, por muy escueto (y, paradójicamente, polisémico) que sea su texto. Gravitando formalmente sobre *dos normas,* se verá obligado en la práctica

---

[26] Sobre el particular *Los derechos humanos entre el tópico y la utopía,* «Persona y Derecho» 1990 (22) págs. 159-179 (incluido en versión francesa en *Droit «positif» et droits de l'homme,* Bordeaux, Éditions Bière, 1997, págs. 125-141).

[27] «Si objetivamente no existe una imposibilidad (física o psíquica) o incapacidad legal en el sujeto o persona de su marido por la que no pueda atender a su familia, hay que mantener que él es el cabeza de familia». En el transfondo se detecta «el papel asignado a cada uno de los cónyuges por las normas anteriores a la Constitución», que llevaba incluso a añadir que el deseo de la mujer, «altamente elogiable y por supuesto digno de mayor respeto, de querer mejorar la calidad y condiciones de vida de su familia con el complemento que pudieran suponer sus ingresos», «no la convierte objetivamente en cabeza de familia». El Tribunal no encontró así mayor dificultad para inferir de ello que cualquier varón en similares circunstancias no habría visto «depender su reingreso igualmente de la adquisición de la cualidad de "cabeza de familia", ya que, sólo por el hecho de ser tal, se le consideraba titular de la misma» -STC 241/1988 de 19 de diciembre, F. 3 y 4 («BJC» 1989 (93), pág. 47).

[28] Según bizarra expresión del llamado «Fuero del Trabajo» en su apartado II. 1. Tales reglas «en apariencia más favorables para la mujer, seguían en realidad estimulándola, a diferencia del varón, al abandono del trabajo y a su dedicación a las labores caseras» -STC 241/1988 de 19 de diciembre, F. 5 (ibidem, pág. 48).

a hacer hablar, con muy diversos discursos, sólo a una de ellas. En teoría, el principio de *no discriminación* encontraba claro encaje en la norma del artículo 14, mientras los otros lograrían enmarque más adecuado en la del artículo 9.2 de la Constitución. El que invita a la *protección* intentaría -no rara vez equivocadamente- promover condiciones y eliminar obstáculos para hacer real y efectiva la libertad de la mujer para comportarse como tal. El que estimula a la *acción positiva* pretendería a su vez, por la vía de la discriminación inversa, hacer real y efectiva una equiparación con el varón, sin la que no se lograría una auténtica igualdad.

Se asume, pues, que «la virtualidad del artículo 14 de la Constitución no se agota en la cláusula general de igualdad» sino que impone también «la interdicción de determinadas diferencias, históricamente muy arraigadas»[29]; lo que obliga a analizar las medidas de turno «desde una perspectiva más compleja». Resulta así cada vez más problemático el intento de presentar la solución como resultado de la aplicación técnica de una norma. Cabría insistir en que se estaría aplicando una norma; no la del artículo 14 -que veta todo trato capaz de desequilibrar la futura situación de los hoy iguales- pero sí la del 9.2, más atenta a subsanar desigualdades heredadas del pasado. El propio Tribunal, sin embargo, se ocupará de descartarlo.

Los Estatutos de una Mutualidad Laboral preveían para los trabajadores una pensión por jubilación anticipada equivalente al 76% de la base reguladora, mientras se elevaba al 80% la del personal femenino; la Magistratura de Trabajo opta por mantener «un derecho adquirido por las trabajadoras». Aunque el Tribunal no descarta que la desigualdad de trato se funde «en la pretensión de compensar de modo diferido sus inferiores condiciones salariales» -recordando que se trataba de un sector de actividad en el que «la mujer estaba sujeta a inferiores condiciones de trabajo» y «por el solo hecho de ser mujer, percibía salarios sensiblemente más bajos o quedaba adscrita a categorías profesionales de menor calificación»- no deja de observar, a la vez, que «puede resultar criticable que esa compensación se efectuase mediante medidas aparentemente protectoras o de mejor trato y no, como quiere la Constitución de 1978 (art. 9.2), mediante la remoción de obstáculos que impidan la igualdad real entre los grupos»[30].

---

[29] «Que, tanto por la acción de los poderes públicos como por la práctica social, han situado a amplios sectores de la población en posiciones no sólo desventajosas, sino abiertamente contrarias a la dignidad de la persona». Como consecuencia, no podrán considerarse «lesivas del principio de igualdad, aun cuando establezcan un trato más favorable, las medidas que tengan por objeto *compensar* la situación de desventaja de determinados grupos sociales y, en concreto, remediar la tradicional situación de inferioridad de la mujer en el ámbito social y en el mercado de trabajo» -STC 19/1989 de 31 de enero, F. 4 («BJC» 1989 (94), pág. 303).

[30] STC 19/1989 de 31 de enero, A. 2,c) y F. 5 (ibidem, págs. 300 y 304).

El *activismo judicial* resultará también obligado ante la necesidad práctica de hacer operar a los tres principios a través de una sola norma, por contar sólo el artículo 14 -a diferencia del 9.2- con la reforzada protección y la peculiar viabilidad procesal que brinda el recurso de amparo. Se ha abandonado todo intento de aplicación avalorativa de *normas,* para adentrarse en la inevitable ponderación de los *principios* en juego. Una misma medida se considerará o no constitucional -o sea, se reconocerá como derecho positivo o llegara a tacharse de negativo atropello- según el juicio de *valor* del que quepa interpretarla deudora.

Ilustrativa al respecto acabará resultando la previsión de «prestaciones en concepto de guardería» para «todas las trabajadoras, independientemente de su estado civil, con hijos menores de seis años», mientras «sólo los hombres viudos con hijos de esa edad» la reciben. Si se la considerara una medida protectora de la mujer, como las que parten «de presupuestos de inferioridad física, o de una mayor vocación (u obligación) hacia las tareas familiares», sería rechazable. Todo lo contrario ocurrirá si se la considera *compensadora* de las consecuencias discriminatorias derivadas de aquella mentalidad[31].

La prestación por guardería, rechazable si se interpretase que la exclusión del varón resida «en la distinta situación respecto a la necesidad del cuidado y asistencia de los hijos», deja de serlo con sólo interpretar que ese mismo tópico «supone evidentemente un obstáculo muchas veces insalvable para el acceso al trabajo», lo que justificaría el intento de evitar «que una práctica social discriminatoria se traduzca en un apartamiento del trabajo de la mujer con hijos pequeños»[32].

Suele aceptarse por demás que las *normas* no podrían técnicamente aplicarse con mayor o menor «intensidad»; a diferencia de lo que ocurre en la evaluadora ponderación de los *principios.* La aplicación del artículo 14 se solventa con la existencia o inexistencia de un fundamento objetivo y razonable, sin graduables intensidades. No ocurrió así con el causahabiente de una fallecida maestra, adscrita a una mutualidad de funcionarios, cuyo re-

[31] STC 128/1987 de 16 de julio, F. 1 y 6 («BJC» 1987 (76-77), págs. 1205 y 1206). En el segundo supuesto, dado que «determinados grupos sociales, definidos entre otras características por el sexo», aparecen a la vez «colocados en posiciones de innegable desventaja en el ámbito laboral, por razones que resultan de tradiciones y hábitos profundamente arraigados en la sociedad y difícilmente eliminables», «el tratamiento diverso de situaciones distintas puede incluso venir exigido, en un Estado social y democrático de Derecho, para la efectividad de los valores que la Constitución consagra con carácter de superiores del ordenamiento, como son la justicia y la igualdad» -ibidem, F. 7 (pág. 1207).

[32] STC 128/1987 de 16 de julio, F. 9 y 10 (ibidem, págs. 1207 y 1208), que «compara la tasa de actividad de las mujeres casadas (el 20,9%) con la correspondientes de hombres casados (el 70,92%)».

glamento preveía que «si el cónyuge viudo es varón, sólo tendrá derecho a la pensión de viudedad cuando sufra incapacidad total y permanente para el trabajo» y «sus ingresos sean inferiores al salario mínimo interprofesional». El Tribunal no duda en constatar que se halla ante «una diferenciación de trato basada en el sexo», pero -tras identificarla como «una prestación complementaria asumida de forma voluntaria», regida «por las condiciones libremente aceptadas por los mutualistas»- entiende que al caso «no puede aplicarse con igual intensidad el principio igualitario derivado del artículo 14»[33].

Rechaza que dicha norma pueda ser objeto de una «*aplicación incondicionada* a todo supuesto imaginable en que pueda plantearse cualquier discriminación» (aun habiéndola...). Optar, más bien, por «un *desarrollo paulatino* para que sea eficaz la verdadera y efectiva equiparación que se pretende alcanzar»; nos hallaríamos ante «un *principio* al que *tendencialmente* han de adaptarse, tanto la legislación como las propias relaciones sociales»[34]. Lejos ya de toda aplicación técnica, se invita al juzgador a un templado desarrollo gradual, ponderando tanto los valores en juego como las consecuencias económicas previsibles. Sólo consumada tal operación cabría, pues, captar la existencia del problemático fundamento objetivo y razonable.

Puesto que de *valores* estamos tratando, a nadie podrá extrañar que quien juzga deba valorar. El juez pasivo, vinculado a la aplicación técnica de la norma, sería incapaz de hacer justicia. El llamado *activismo* judicial confiere tono patológico a lo que es normal *actividad positivadora* del derecho. Ésta llevará incluso a «ampliar y enriquecer la propia noción de discriminación», permitiendo apreciar una «*discriminación indirecta*»; como la surgida en un hospital ante «el menor salario percibido por las trabajadoras frente a los trabajadores que realizan un "trabajo igual", tareas de limpieza, pero clasificados no como "limpiadoras" sino como "peones"»[35].

Con ayuda del «valor interpretativo» reconocido, en materia de derechos fundamentales, a los tratados internacionales, el «*principio* estricto de *igualdad salarial* a *identidad de trabajo»* da paso a una «apreciación de *trabajos de igual valor*»[36], que irá más allá de la mera *constatación empírica,*

---

[33] STC 49/1990 de 26 de marzo, F. 3 y 4 («BJC» 1990 (108), pág. 94).

[34] «Sin que, como consecuencia de ello, se transtome el "equilibrio de las prestaciones"» propio del sistema mutualista contractual -STC 49/1990 de 26 de marzo, F. 4 (ibidem, pág. 94).

[35] Nos encontramos ante «tratamientos formalmente no discriminatorios de los que derivan, por las diferencias fácticas que tienen lugar entre trabajadores de diverso sexo, consecuencias desiguales perjudiciales» -STC 145/1991 de 1 de julio F. 2 y 3 («BJC» 1991 (123), págs. 227-228).

[36] Como «ha sido interpretado extensivamente por la jurisprudencia comunitaria» europea. «No basta así con probar la corrección formal» de las diferencias salariales, «sin tener en cuen-

e incluso de la *positivación formal:* «la adscripción de un determinado trabajador a una categoría», no basta para desmontar la *realidad judicialmente comprobada* de la identidad del trabajo»[37].

El órgano judicial competente se había remitido a una aparente constatación empírica -«la mayor penosidad y *esfuerzo físico* que caracteriza a la categoría de peón»- con lo que habría dado más valor «a una *cualidad predominantemente masculina,* desconociéndose otras características del trabajo (atención, cuidado, asiduidad, responsabilidad, etc.) más neutras en cuanto a su impacto en cada uno de los sexos». El artículo 14 «le imponía *valorar* si las diferentes funciones previstas» enmascaraban «la infravaloración de "trabajos de valor igual", pero predominantemente desempeñado por mujeres»[38].

El activismo judicial no es, pues, necesariamente un reprobable exceso justiciero. Admitir que el juez no puede dejar de actuar, culminando el proceso de positivación del derecho no es dar paso a un fervor *judicialista*, sino reconocer una realidad, facilitando que cada cual obtenga de ella las consecuencias oportunas.

7. No parece fácil determinar el fundamento *positivo* (dónde, cuándo y por quién cabe considerarlo «puesto») del juego real de las exigencias jurídicas de la igualdad. Por una parte, la Constitución reclama autonomía normativa; se distancia del mero resultado de las convicciones *tópica* y coyunturalmente mayoritarias, hasta invitar a asumir la tarea ineludible de *modificar utópicamente* la praxis social, para hacer efectivos unos derechos prelegales. Por otra, el positivismo normativista se empeña en convencerse de que disponemos de una norma positiva capaz de marcar la frontera entre la *discriminación inversa* (que sugiere una acción positiva contra la desigualdad previa) y los efectos perversos de un *protectorado* paternalista perpetuador de la discriminación previa. Aceptarlo, vistos los hechos, sería condenarnos a la mitología jurídica.

Se ha situado en un nuevo contexto histórico el horizonte hermenéutico que había dado paso a las normas protectoras, re-creándolo hasta hacerlas

---

ta el impacto diferenciado y desfavorable que esas clasificaciones profesionales tengan sobre los trabajadores en función de su sexo» -STC 145/1991 de 1 de julio F. 3 y 4 (ibidem, pág. 228).

[37] Aunque «las categorías de peón y limpiadora vienen separadas en el convenio colectivo», «la distinción entre unos y otros trabajadores está fundada precisamente en el sexo», por lo que «la diferencia por sexo de categorías profesionales entre quienes realizan un mismo trabajo no puede considerarse como la justificación, sino antes bien, como el origen o instrumento mismo a través del cual se formaliza esa discriminación vedada» -STC 145/1991 de 1 de julio, F. 3 (ibidem, pág. 228).

[38] «La feminización de la categoría segregada» -limpiadoras- quedaría demostrada incluso por «el hecho de que sea denominada en femenino» -STC 145/1991 de 1 de julio, F. 5 (ibidem, pág. 229).

aparecer como realmente discriminatorias. La igualdad, como *valor* propiamente jurídico, ha operado a través de tres *principios,* que han hecho hablar de modo muy distinto a la misma *norma*. Disfrazar de *aplicación lo* que es *invención* hermenéutica sería condenarse a cerrar los ojos ante los auténticos perfiles de la realidad jurídica.

DOXA 21-II (1998)

CÓMO COMPRENDER LOS RECLAMOS DE LOS PUEBLOS INDIOS

Agustín Pérez Carrillo
Universidad Autónoma Metropolitana (México)

1. Propósito

Tengo interés en darle contenido a la siguiente metáfora: *más allá de la búsqueda del reconocimiento de la cultura y los derechos de los pueblos indios por medio de reformas constitucionales. Motivan mi interés la negociación entre el Ejército Zapatista de Liberación Nacional* (EZLN) y el gobierno federal, así como los avances y retrocesos observados y las propuestas y contrapropuestas de reforma constitucional publicadas.

Tengo la percepción de que ningún contenido constitucional, aún el más favorable a la cultura y derechos de los pueblos indios, será suficiente para lograr la paz si subsisten las condiciones adversas para la eficacia de las reformas por no enfrentar las causas que originaron el conflicto social.

2. Obstáculos. Identificaré algunos obstáculos que impiden la solución del conflicto social

2.1 La incapacidad del gobierno federal para comprender el lenguaje de quienes defienden formas de vida tradicionales y exigen el reconocimiento de su cultura y sus derechos como pueblos indios. Este obstáculo tiene como consecuencia que las autoridades estatales han entendido, en sus marcos de referencia ideológicos, las reclamaciones de los pueblos indios, actitud con la cual se niega la posibilidad de comprender otras formas de vida y las justificaciones correspondientes. Se advierte en esa actitud una manifestación de intolerancia a sistemas de vida diferentes al aceptado por el gobierno, razón por la cual tampoco tiene disposición de otorgar facilidades para la subsistencia y desarrollo de las formas de vida reclamantes.

Dos frases de Wittgenstein en *Los comentarios sobre La rama dorada,* de Frazer destacan una actitud de incomprensión de formas de vida diferentes a las propias: «Frazer es incapaz de imaginar un sacerdote que no sea, en el fondo, un párroco inglés de nuestro tiempo con toda su estupidez y flaqueza.» «Frazer es mucho más salvaje que la mayoría de sus salvajes, ya

que éstos no están tan lejos de comprender un asunto espiritual de como lo está un inglés del siglo veinte. Sus explicaciones de las prácticas primitivas son más burdas que el sentido de las prácticas mismas».[1]

2.2 Otro obstáculo es que no se ha abordado el debate filosófico entre la «universalidad» de la ética y la diversidad cultural. Quien sostendría la universalidad, en este caso el gobierno, es quien recibe la reclamación de reconocimiento de la pluralidad, de la eticidad de formas de vida; en consecuencia, es quien está obligado a avanzar en la búsqueda del consenso racional.[2]

2.3 Otro obstáculo es que uno de los negociadores, el gobierno, tiene la calidad de juez y parte; en consecuencia, toma decisiones y las instrumenta de acuerdo con su racionalidad y su poder.

2.4 El conflicto social existente a nivel de la nación mexicana, no asumirlo y no enfrentarlo con las medidas apropiadas son otros obstáculos para que la negociación carezca de resultados favorables al reclamo sobre cultura y derechos de los pueblos indios. En este contexto los reclamos de la Declaración de la Selva Lacandona, sus antecedentes y consecuencias son síntomas del conflicto social, no un problema aislado, en ámbitos locales y que lesiona a pequeños grupos a partir de un tiempo relativamente corto.

3. Modelos para enfrentar los problemas sociales y concepto de autoridad

Planteo la siguiente pregunta: ¿con qué autoridad ha actuado el gobierno federal en los hechos, en los procesos y en las tomas de decisión que se relacionan con las reclamaciones del EZLN? La respuesta permitirá evaluar sus actividades, criticarlas, predecir posibles comportamientos y conocer las expectativas para resolver el conflicto social o prolongarlo con los costos que probablemente se incrementarán.[3] Para ese efecto, presentaré algunos modelos y ejemplos en decisiones o acciones del gobierno federal.

3.1 Modelos reactivos de poder. En estos modelos se ignora la complejidad de los problemas y se considera que las situaciones irregulares tienen solución en la ideología político-jurídica dominante.

---

[1] Wittgenstein, Ludwig, *Comentarios sobre La rama dorada,* ed. Rush Rhees, tr. Javier Esquivel, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filosóficas. México, 1997, pp. 15 y 22.

[2] Cfr. Garzón Valdés, Ernesto, «Problema ético de las minorías étnicas», en *Ética y diversidad cultural,* León Olivé (Compilador), Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, S. A. de C. V., 1993. Olivé, León, «Multiculturalismo: ni universalismo, ni relativismo» en *Filosofía moral, educación e historia,* León Olivé y Luis Villoro, eds., Universidad Nacional Autónoma de México, 1996.

[3] Me orientaré fundamentalmente por John Burton en las exposiciones de su libro *Conflict: Resolution and Prevention,* The Macmillan Press Ltd, London, 1990.

3.1.1 En el primer tipo la parte A percibe la situación problemática, la incorpora al ambiente de poder, como en una especie de caja negra, determina sus propósitos y conoce los de B. La asignación de valores a los propósitos de A es = + x y los de B = - x, donde x = 1. El modelo reacciona sólo en función de un resultado de ganancia-pérdida (win-lose) y la dinámica tiende a la obtención, por A, de una decisión coactiva (settlement enforced).

El primer tipo de modelo reactivo de poder se actualiza en los siguientes casos:

Primer ejemplo.

La determinación por la Secretaría de Gobernación el 5 de enero de 1994, de cuatro condiciones que a continuación transcribo: «El cese de las hostilidades y agresiones a los pueblos y a las personas; la deposición y entrega de las armas, incluyendo los 1,500 kilogramos de dinamita robados el día último del año pasado a Pemex; la devolución de los rehenes y los secuestrados, y la identificación de los interlocutores y dirigentes del grupo armado.»[4]

Segundo ejemplo.

Los nombramientos del Ejecutivo Federal de diversos comisionados para la paz en Chiapas. Ya son cuatro.

Tercer ejemplo.

La creación por el Ejecutivo de la Unión, el 19 de enero de 1994, de la Comisión Nacional de Desarrollo Integral y Justicia Social para los Pueblos Indígenas encargado de la satisfacción de algunas necesidades humanas.[5]

Cuarto ejemplo.

Las órdenes de aprehensión en contra de Rafael Sebastián Guillén Vicente (el gobierno lo identificó como Marcos), Jorge Javier Elorriaga Berdegué, Fernando Yáñez Muñoz, Jorge Santiago Santiago y Silvia Fernández Hernández por los delitos de terrorismo, conspiración y rebelión, anunciadas por el Dr. Ernesto Zedillo Ponce de León el 9 de febrero de 1995.[6]

Quinto ejemplo.

La aprehensión de Fernando Yáñez Muñoz el 21 de octubre de 1995, identificado anteriormente por el Dr. Zedillo como el Comandante Germán del EZLN. Esta acción penal perturbó la negociación entre el EZLN y el gobierno federal y transgredió la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz

---

[4] Proceso No. 898/17 de enero/1994.

[5] Proceso No. 895 p. 17 y Proceso 902. pp. 34 y ss.

[6] Proceso No. 954, 13/febrero/1995 en el cual aparecen varios reportajes sobre el particular. Destaco que fue a propósito de declaraciones de Salvador Morales Garibay que el gobierno federal consideró que se había identificado a varios líderes del EZLN y que después ya no se supo de dicha persona y no hubo oportunidad de carearlos con los acusados. Causa 39/1/95 de la Procuraduría General de la República.

Digna en Chiapas, según la cual se mantendrían suspendidos los procedimientos en contra de los integrantes del EZLN, la ejecución de las órdenes de aprehensión dictadas y las investigaciones por los hechos relacionados con la declaración de guerra, si se iniciaba y mantenía el diálogo para suscribir un acuerdo de concordia y pacificación. Como a Yáñez Muñoz se le había identificado oficialmente como Comandante Germán del EZLN, resulta obvia la violación legal. Se sabe que los delitos que se le imputaron fueron los de portación de armas prohibidas y contra la salud, sin embargo quedó libre el 27 del mismo mes y año, por sobreseimiento decretado a petición de la Procuraduría General de la República.[7]

Sexto ejemplo.

Una decisión para acabar con el conflicto armado es la guerra de baja intensidad sostenida por el Ejército Nacional Mexicano (ENM) en lugares estratégicos del Estado de Chiapas con el fin de desgastar al EZLN y desalentar a sus simpatizantes. En este tipo de medidas se advierte que no se pretende la solución del conflicto social y sí, por definición, prolongarlo y hacer improbable la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales exigida por el EZLN.[8]

3.1.2 El segundo tipo del modelo reactivo de poder es un modelo cibernético de ensayo y error (Trial-and-error cybernetics) en cuya aplicación se determinan los propósitos de A; se conocen los de B y se decide que el valor de los de A es = + x y los de B = -x, donde x > 0.5 Se trata también de un resultado de ganancia-pérdida aunque en proporción menos extrema y la decisión que toma A que considera los propósitos de B, es una decisión coactiva.

Como actualizaciones del segundo tipo del modelo reactivo de poder menciono las siguientes:

Séptimo ejemplo.

La Ley de Amnistía expedida por el Congreso de la Unión, publicada en el Diario Oficial de la Federación (22.I.1994) es una decisión coactiva; en efecto, en la Ley se decretó amnistía en «favor de todas las personas en contra de quienes se haya ejercitado o pudiere ejercitarse acción penal ante los tribunales del orden federal, por los delitos cometidos con motivo de los hechos de violencia, o que tengan relación con ellos, suscitados en varios municipios del Estado de Chiapas del día primero de enero de mil novecientos noventa y cuatro al día veinte del mismo mes y año, a las quince horas»; se

[7] Proceso No. 991/30 de octubre/1995. pp. 8 y ss.

[8] Ni Paz ni Justicia o Informe General y amplio acerca de la Guerra Civil que sufren los Choles en la Zona Norte de Chiapas, Centro de Derechos Humanos «Fray Bartolomé de Las Casas», 1996, p. 167.

integró una Comisión que coordinaría los actos de aplicación de la Ley; los beneficios de la ley, consistentes en la extinción de las acciones y sanciones penales, se condicionaron a la entrega de rehenes y de todo tipo de armas, explosivos, instrumentos u otros objetos empleados en la realización de los delitos, en los términos que fije la Comisión, y cuando ésta declarara la cesación definitiva de los actos de hostilidad.

La ley garantiza, además, a las personas que resulten beneficiadas que «en lo futuro no podrán ser interrogadas, investigadas, citadas a comparecer, detenidas, aprehendidas, procesadas o molestadas de manera alguna por los hechos que comprende esta amnistía.»

Si la Ley de Amnistía hubiera llegado a ser eficaz el gobierno hubiera logrado sus propósitos no así el EZLN que hubiera quedado como estaba antes de la declaración de guerra; en efecto, no se hubieran satisfecho las necesidades humanas fundamentales, propósito central de las reclamaciones.

3.1.3 En el tercer tipo del modelo reactivo de poder se analiza la situación, se determinan los objetivos de A y se conocen los de B; la relación de valor entre ambos conjuntos está indeterminada al no asignárseles valor a los propósitos de A ni a los de B. Se trata de un modelo paternalista en el cual A considera los propósitos de B que influyen en el resultado constituido por una decisión coactiva.

Ejemplos que actualizan el tercer tipo del modelo reactivo de poder son los siguientes:

Octavo ejemplo.

La Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas expedida por el Congreso de la Unión, publicada en el Diario Oficial de la Federación (11.III.1995); en la ley se consideran los propósitos del EZLN, al prescribir que serán objeto del acuerdo de concordia y pacificación, entre otros: I. Asegurar la paz justa, digna y duradera en el Estado de Chiapas, dentro del pleno respeto al Estado de Derecho; II. Atender las causas que originaron el conflicto y promover soluciones consensuadas a diversas demandas de carácter político, social, cultural y económico, dentro del Estado de Derecho; III. Propiciar que los integrantes del EZLN participen en el ejercicio de la política dentro de los cauces pacíficos que ofrece el Estado de Derecho, con respeto absoluto a su dignidad y garantías de ciudadanos mexicano; IV. Conciliar las demandas e intereses legítimos de los diversos sectores de la sociedad chiapaneca; V. Promover el bienestar social y el desarrollo económico sustentable en Chiapas; y VI. Proponer los lineamientos para la amnistía que, como consecuencia del proceso de diálogo y conciliación, concederá en su caso el Congreso de la Unión por los hechos relacionados con el conflicto en el Estado de Chiapas, iniciado a partir del 1º de enero de 1994.» Al decidirse la suspensión de los procedimientos iniciados

en contra de los integrantes del EZLN, como ya se explicó anteriormente y al crear la Comisión de Concordia y Pacificación (COCOPA) y la Comisión de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos (COSEVE) y se asume la existencia de la Comisión Nacional de Intermediación (CONAI) en tanto se establece que la COCOPA coordinará sus acciones con la instancia de mediación reconocida por los negociadores.

Se establece la obligación a los sectores públicos de apoyar el desarrollo social y económico de las comunidades indígenas y de los campesinos que lo mismo se promoverá con los sectores social y privado para fortalecer el diálogo y cooperación permanentes entre los diversos grupos de la sociedad chiapaneca; también que se fomentará la creación de fondos mixtos entre la Federación, el Estado, los municipios y el sector privado para financiar programas destinados a rescatar de la marginación a las citadas comunidades indígenas y de campesinos.

Sin embargo, la Ley es una decisión impuesta a los integrantes del EZLN, pues aun cuando responde a los objetivos del EZLN, en el artículo 1º se prioriza el objetivo de buscar «la solución justa, digna y duradera al conflicto armado iniciado el 1º de enero de 1994 en el Estado de Chiapas» y porque se acentúa el carácter autoritativo en la toma de decisiones al prescribir que «las disposiciones de esta Ley no impiden el ejercicio de las facultades otorgadas a las autoridades competentes y fuerzas de seguridad para que cumplan su responsabilidad de garantizar la seguridad interior y la procuración de justicia.»

Hasta aquí he tratado los modelos de poder en los cuales la autoridad toma las decisiones que son forzosas para la otra parte. Estos modelos contienen implícitamente las asunciones clásicas que han dominado el pensamiento legal: existencia de un poder con derecho a esperar obediencia, obligación moral de los otros a obedecer y legitimidad de emplear el poder y la coerción para eliminar conductas insumisas o divergentes, las cuales pueden ser suprimidas sin encontrar sus causas o sólo para resolver problemas subyacentes.

3.2 Modelos interactivos de poder. Éstos son considerados como modelos de transición entre los reactivos de poder, ya analizados, y los que resuelven problemas, que serán examinados posteriormente. Una característica de la transición es que hay negociación, aunque prevalece el mando del poder.

3.2.1 En el primer tipo del modelo interactivo de poder A y B determinan sus respectivos propósitos en una negociación directa. El valor entre los propósitos es un empate o los de A = + x y los de B = -x donde x > 0.5. En este modelo se percibe la incompatibilidad entre los propósitos de A y de B, pero se reconoce que la situación está basada en el poder relativo de ambas partes y han de participar en la toma de decisión. A no puede producir el re-

sultado y tiene que comprometerse con B a llegar a una decisión acordada (settlement agreed).

Entre los ejemplos más significativos de este modelo identifico los siguientes:

Noveno ejemplo.

El acercamiento entre el EZLN y el gobierno federal en la Catedral de San Cristóbal, del 11 de febrero al 3 de marzo de 1994. El Obispo Samuel Ruiz García desempeñó el papel de mediador; se abordaron diferentes exigencias de la Primera Declaración de la Selva Lacandona: salud, vivienda, educación, trabajo, alimentación y hubo respuestas del gobierno federal que, en principio, se consideraban satisfactorias; otras reclamaciones se calificaron de no negociables por ser de carácter nacional, así la democracia, las libertades, los procesos electorales, el reconocimiento de beligerancia al EZLN y otras se estimaron complejas como la relacionada con la autonomía de las comunidades indígenas. El Comisionado para la Paz sostuvo que los temas locales tenían salida y que «los cambios nacionales se pueden plantear por vías políticas institucionales.» El tema de la tierra fue calificado de muy complicado porque estaba en juego el equilibrio nacional. Entendía la paz como el cese de las hostilidades y solicitó al EZLN una declaración y acciones unilaterales sobre esta situación. La posición del Comisionado ubicó el problema en el Estado de Chiapas. Marcos respondió en relación con el cese unilateral: «...pensamos que la declaración debe ser bilateral. Con garantías. El cese estaría condicionado al cumplimiento de lo que se acuerde.» ...«El desarme no es al inicio, es al final del proceso de pacificación», con lo cual no estuvo de acuerdo el Comisionado.

El 23 de febrero Marcos expresó el siguiente punto de vista claro y preciso sobre el acercamiento: «...el único acuerdo a que hemos llegado es que los temas nacionales no se negocian, que la mesa de San Cristóbal está chiquita para los temas nacionales. Seguimos con el problema de la beligerancia. Ahí es el único punto en que se dice no. Todo lo demás se ha respondido. El problema es que para la decisión de unos puntos, no traemos mandato. Tenemos que regresar a consultar.» El Comisionado expresó que se esperaría el resultado de las consultas. Hubo manifestaciones de Marcos en el sentido de que lo que se llevaban era puro papel y que en los hechos, un montón de promesas; «no hay ahorita, dijo, ningún cambio de política del gobierno después el 1º de enero.» Se definió por el EZLN que no había negociación sino diálogo y que de alguna manera se había logrado y que su rumbo era bueno.[9]

[9] Proceso No. 956/febrero/1995, Documento «Diálogos de San Cristóbal. Del 11 de febrero al 3 de marzo de 1994.» Cfr. Proceso No. 905/7 de marzo/1994. p. 11.

Hecho determinante en la suspensión del proceso de diálogo fue el asesinato en contra de Luis Donaldo Colosio el 23 de marzo de ese año y las consecuencias económicas, sociales y políticas que produjo; entre las últimas se destacan acciones gubernamentales, de los partidos políticos y de buena parte de la ciudadanía que fijaron la atención en las campañas para Presidente de la República y en el proceso electoral del 21 de agosto del mismo año.

La dinámica del modelo conduciría a decisiones acordadas y realmente no se llegó a ninguno. El ejemplo puede actualizar este modelo o el siguiente según como se comprenda la participación del Obispo Ruiz García.

3.2.2 El otro tipo del modelo interactivo de poder presenta la intervención de una tercera parte; trae como consecuencia que los propósitos de A y B están sobre 2, pues se les asigna un valor idéntico = (A+B)/2.

Los propósitos de ambas partes son incompatibles, pero la necesidad mutua de aceptar a la tercera parte obliga o compromete. La decisión que se obtendrá será un compromiso mediado consistente en una solución acordada (settlement agreed). La tercera persona es un mediador que busca un compromiso entre las partes o un asistente de negociación.

Actualiza el segundo tipo del modelo interactivo de poder el siguiente proceso:

Décimo ejemplo.

La negociación entre el gobierno federal y el EZLN efectuado de acuerdo con los principios de la Ley para el Diálogo, la Conciliación y la Paz Digna en Chiapas es un ejemplo del modelo interactivo de poder. En febrero de 1996 se habían logrado acuerdos en San Andrés Larráinzar entre las partes y la participación de la COCOPA y la CONAI. Los acuerdos eran válidos en virtud de las reglas de juego y estaban orientadas a lograr una reforma constitucional sobre cultura y derechos de los pueblos indios.

La COCOPA recogió los acuerdos de San Andrés Larráinzar, los redactó como una propuesta común y la presentó a ambas partes; el EZLN expresó su conformidad, pero el Dr. Zedillo Ponce de León solicitó tiempo para consultar a los constitucionalistas, estar en condiciones de expresar su voluntad y, en su caso, iniciar las acciones del proceso de reforma constitucional.

Las evaluaciones del Dr. Zedillo sobre la propuesta y sus afirmaciones públicas en diferentes foros confirman la sospecha de que aún no se comprende por el gobierno federal ni sus asesores el conflicto social hecho consciente a muchas personas a partir del 1º de enero de 1994.

La respuesta del Dr. Zedillo empieza a ubicar el proceso de negociación en el modelo reactivo de poder o de control absoluto del modelo interactivo de poder, en este último al asignarle menor valor a los propósitos del EZLN. Los constitucionalistas son profesionales que dijeron al Dr. Zedillo

lo que quería oír, opinaron al poder, desde la obediencia. Se ubicaron en las tablas viejas, diría Nietzsche.[10]

Parecía que los acuerdos de San Andrés Larráinzar tenían las características para ejemplificar el modelo de transición que analizamos; en efecto, hasta antes de la suspensión había conformidad de las partes negociadoras, con la participación de la COCOPA y la CONAI, sobre el contenido de las reformas constitucionales; sin embargo, todo los acuerdos se derrumbaron por decisiones unilaterales del gobierno.[11]

3.3 Modelo interactivo de solución de problemas. Este modelo se caracteriza porque todas las complejidades son tomadas en consideración por ambas partes.

3.3.1 En el primer tipo de modelo interactivo de solución de problemas se redefine la situación conflictiva por medio de un análisis mutuo y la participación de una tercera parte, que no es mediador ni árbitro sino facilitador, para la comprensión de la complejidad y del lenguaje utilizado por las partes, a la vez que procura acercarlas para lograr las definiciones comunes y la determinación de los propósitos también comunes. Los valores de dichos propósitos son A+ y B+. Se describe el modelo como el descubrimiento de propósitos comunes y la exploración de medidas acordadas para lograr su cumplimiento antes de las negociaciones; la dinámica es que se soluciona el problema bajo la intervención o el control de la tercera parte, el facilitador, mediante una resolución (resolution).

No se ha actualizado este tipo de modelo en el tratamiento del conflicto social; en efecto, no se advierte alguna situación en la cual se cumplan y, en consecuencia, no se ha intentado llegar a la solución del conflicto enfrendo las causas que lo produjeron. Además, no se advierte la presencia ni siquiera la búsqueda de un facilitador con las capacidades propias de este personaje en los conflictos sociales. En efecto, los facilitadores -que no son mediadores ni árbitros-, han de tener por función principal lograr la comprensión de las posiciones de quienes se encuentran en el conflicto y su imparcialidad no debe estar en tela de duda.

3.3.2 El segundo tipo de modelo interactivo de solución de problemas también considera todas las complejidades conocidas, A analiza la percepción de B y éste la percepción de A, actividades recíprocas que tienen como resultado la definición en común de la situación y de los propósitos. Los valores asignados a los propósitos son A+ y B+. Una parte importante de la

---

[10] Nietzsche, Friederich, *Así habló Zaratustra,* tr. Andrés Sánchez Pascual, Alianza Editorial, S. A, España, 1981, el apartado «De las tablas viejas y nuevas», pp. 223-296.

[11] Para tener una idea de las diferencias entre la posición del EZLN y el gobierno federal sobre las propuestas de reforma constitucional es pertinente consultar *La Jornada,* del 17 de enero de 1997.

descripción del modelo es la definición unilateral de la situación con conocimiento de la percepción opuesta, los valores prioritarios y los costos. Este modelo conduce a una solución del problema en donde el conocimiento consensual reemplaza a la tercera parte y se obtiene una resolución.

Tampoco se ha actualizado este modelo en el tratamiento de la situación social que analizamos.

4. Valoración de las actualizaciones de los modelos

De las ejemplificaciones anteriores derivo que los funcionarios estatales han tomado las decisiones más conservadoras para resolver el conflicto social y solamente desde la autoridad formal; la referencia de estas decisiones y actitudes ha sido el marco jurídico establecido y el de una teoría general del derecho que niega lo que podría denominarse pluralismo jurídico.[12]

Tal forma de actuación no atiende los reclamos relacionados con la satisfacción de necesidades humanas fundamentales de carácter material y el reconocimiento de la autonomía de los pueblos indígenas como formas de vida. Por el contrario, el gobierno federal se asume, y así actúa, en un plano de superioridad al del EZLN con referencia al poder que le otorga una legalidad conservadora y, por esa razón, se advierte la imposibilidad de que comprenda las reclamaciones hechas desde formas de vida diferentes a las que experimentan las autoridades estatales.

Además existen indicios poderosos de que las decisiones y acciones de las autoridades estatales desarrollan los modelos reactivos e interactivos de poder y que no se interesan en la solución del conflicto social. Entre algunos indicios menciono los siguientes:

a. La lista creciente de Comisionados para la Paz que, en principio, no han tenido éxito en sus gestiones; b. Las diversas sustituciones de gobernadores en el Estado de Chiapas. «En poco más de seis años ha tenido cinco gobernadores»[13]; c. La designación de agentes federales para que proporciones bienes y servicios, como una tarea aislada; d. La lucha entre gobernantes que ha producido asesinatos políticos entre los cuales se destacan los perpetrados en contra de Luis Donaldo Colosio y José Francisco Ruiz Massieu; e. La militarización, ya como guerra de baja intensidad o en las actuaciones del ENM en los primeros meses del «conflicto armado» por las cuales hubo quejas de violación de derechos humanos.[14]

---

[12] Héctor Díaz Polanco, *Autonomía regional. La autodeterminación de los pueblos indios,* siglo veintiuno editores s.a. de c. v., México, 1991, especialmente el capítulo VI titulado «Fundamentos del sistema autonómico».

[13] Proceso No. 955/20/febrero/1995/p. 20.

[14] Consultar el trabajo terminal de Jiménez Oseguera, José Antonio y Valdivieso Martínez, Azul, titulado *La Comisión Nacional de Derechos Humanos ante el conflicto en el Estado de*

5. Un recurso válido

Aparte de los modelos mencionados para atacar los conflictos, existen otros medios de acuerdo con John Burton y uno de ellos es la difusión de las ideas para que las conozcan las partes intervinientes y modifiquen su forma de pensar y actúen en consecuencia. Lograr este propósito sería reconocer las virtudes de una forma distinta de comprender apoyada en la fortaleza de las razones que se exponen; estas manifestaciones de ideas puede provenir de diferentes personas y grupos; así, de alguna de las partes involucradas, de otras comunidades o formas de vida en situaciones similares, de la academia, de los periodistas, de las universidades, de las organizaciones no gubernamentales, de los partidos de oposición, en fin, de los ciudadanos libres.

Ubico en este tipo de acciones las manifestaciones de protesta como la desobediencia civil y los ayunos; una que considero fue decisiva para salvar una situación dramática fue el emprendido por el Obispo Samuel Ruiz García el 19 de diciembre de 1994.[15]

La justificación para emprender acciones ciudadanas de evaluación y crítica es el principio del Estado de Derecho de los regímenes democráticos; se trata de la libre expresión de argumentos con el propósito de convencer a los oponentes de la razón que asiste a quien los expresa respecto de alguna problemática social y, en su caso, llegar a consensos racionales o a compromisos que son el resultado de la comprensión de razones.

La paz social se logrará si y sólo si existen las medidas necesarias y eficientes para disminuir, abatir o desaparecer las causas que originan el conflicto social: violación generalizada de derechos humanos y corrupción de funcionarios y ex-funcionarios públicos y existencia de grupos que disponen indebidamente de recursos humanos, materiales y financieros, así como de la estructura estatal para fines personales o de pequeños grupos relacio-

---

Chiapas, en el que con base en los informes de la CNDH, presentan conclusiones fundadas en relación con violaciones de derechos humanos de parte del Ejército Nacional Mexicano. Universidad Autónoma Metropolitana, Unidad Azcapotzalco, Departamento de Derecho, México, 1995.

[15] A principios de diciembre 1994 se tensaron las relaciones entre las partes; el Gobernador de aquella entidad federativa, Eduardo Robledo Rincón, había asumido la gubernatura el 8 de diciembre y solicitó el reforzamiento militar para «preservar la tranquilidad y las libertades constitucionales en la convivencia ciudadana» (Proceso No. 946/19 de octubre/1994, pp. 6 y ss.). La reacción a esta solicitud fue favorable; la tensión y la proximidad de una guerra o de un enfrentamiento armado se hizo inminente. Una de las reacciones a esta situación fue el ayuno en el que se comprometió el Obispo Samuel Ruiz y al que siguieron varias personas. Dicha manifestación de protesta se inició el 19 de diciembre del año en mención y lo levantó, después de quince días de sostenido, cuando consideró que había condiciones de negociación entre las partes y la amenaza de guerra se alejaba.

nados con el poder. En consecuencia, no es por la conclusión del llamado «conflicto armado» que se acabará el conflicto social; es necesario y pertinente sanear el ambiente social con medidas integrales y no aislar los síntomas de los conflictos ni tampoco atacarlos aisladamente.

Si no se cumple la exigencia de sanear el ambiente será imposible tomar e instrumentar las medidas de reconocimiento de la cultura y los derechos de los pueblos indios; si las autoridades estatales tienen interés en resolver el conflicto social es necesario intervenga constructivamente atacando las causas que lo han originado y lo mantienen.

ARGUMENTACIÓN Y SENTENCIA

Mario Alberto Portela
Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina)

1. Operadores jurídicos

A los efectos de presentar el tema denominaré operadores jurídicos a los jueces, abogados y juristas, esto es, a las personas que como tales o en calidad de órganos se dedican a aplicar y sistematizar normas jurídicas. Siguiendo una clásica distinción de Hart se podría decir que mientras los jueces y abogados trabajan desde un punto de vista interno al sistema, los juristas suelen hacerlo desde el punto de vista externo.

Los operadores internos, en los tiempos que corren, se han mostrado incapaces para cumplir adecuadamente la principal función social que se les encomendara, la de resolver conflictos, ya que no son eficientes para solucionarlos. Entre los múltiples motivos que ocasionan esta situación se encuentra el que se origina en los vicios argumentativos de las sentencias judiciales que originan carencias o falta de fundamentación de las mismas.

2. Sentencia

Es el acto jurisdiccional que pone fin a un conflicto dirimido en sede judicial. Requiere de un juicio previo sustanciado ante jueces imparciales, con ciertas garantías específicas y con todos los requisitos de la teoría y normativa procesales.

Pero además, para cumplir adecuadamente su objetivo, la sentencia debe estar fundada. Éste es un requisito preprocesal que deriva de la exigencia de razonabilidad y racionalidad que viene normativamente exigido por los arts. 14 y 28 de la Const. Nac. El mismo requisito de fundamentación vale para el acusador y el defensor en un proceso penal o el actor y el demandado en un juicio privado. Aunque el principio de razonabilidad no fuera explícito en nuestra constitución, el mismo es esencial por cuanto deriva del principio republicano de gobierno y del debido proceso adjetivo.

Una de las últimas preocupaciones de la Filosofía jurídica pasa por el desarrollo de la teoría de la argumentación, especialmente cuando se dirige

a tratar de buscar fundamentos adecuados para que los operadores jurídicos cumplan adecuadamente su quehacer cotidiano.

3. Razonamiento judicial

Desde antiguo se sabe que el razonamiento judicial es idéntico a un silogismo que contiene una conclusión derivable de dos premisas, una fáctica y otra normativa. Tal aserto conduce de la mano a la lógica formal y a la lógica deóntica instrumentos insuperables para descubrir algoritmos o formas mecánicas que aseguren la validez del razonamiento.

En lo que se refiere a las decisiones judiciales la lógica permite que su aplicación sea siempre condición necesaria de la validez deductiva de la sentencia y además en algunos casos se la podrá utilizar para aplicar informática de gestión mediante sistemas expertos que agilicen el servicio adecuado de justicia.

Esto ha de ocurrir primordialmente en los casos fáciles, donde la información acerca del contenido de las premisas normativa y fáctica es suficiente o se encuentra consensuada por las partes (en el caso del proceso penal son ejemplos el juicio abreviado y la denominada «probation»). Nos encontramos en ellos dentro del terreno de la racionalidad plena que adecuadamente aplicada permitirá resolver los conflictos con mayor rapidez y eficacia en lo que respecta a la adecuada fundamentación y justificación de las sentencias.

4. Argumentos

Son necesarios para lograr una fundamentación racional de las sentencias y especialmente para referimos a las que deben resolver casos difíciles. Los argumentos son secuencias de proposiciones que se derivan unas de otras por aplicación de reglas de inferencia (deducción) o por otras reglas (inducción, analogía). Hoy en día se considera que la argumentación puede encontrar apoyos no lógicos suficientes como para que no pierda racionalidad.

De cualquier modo las técnicas argumentativas (tan viejas como los sofistas expertos en *modus tollens*) no pueden descuidar la educación de las personas y en consecuencia de los procesos que forman o deforman su atención ya que siempre que se argumenta, lo hace alguien desde un punto de vista. No debe olvidarse que el de los operadores siempre es el punto de vista interno, lo que implica cierta aceptación del sistema normativo.

5. Racionalidad práctica

Hay razonamientos teóricos que son los estrictamente proposicionales y que funcionan con ciertos valores de verdad (descripciones acerca del esta-

do del mundo), y otros prácticos que forman parte de deberes o de acciones donde los valores de verdad son más que dudosos ya que no existe en ellos descripción alguna que merituar confrontándola con una realidad. La racionalidad práctica se orienta sobre la base de fines que expresan deseos y preferencias de suerte tal que:

X quiere el estado de cosas p (premisa 1),

X sabe que para llegar a p tiene que hacer q (premisa 2);

X hace q (conclusión).

El razonamiento no es lógico (no hay valores de verdad en la premisa 1) pero es válido. Todos diríamos que si X es una persona normal, ha tenido «buenas razones» para hacer q. En nuestra vida cotidiana argumentamos de esta manera en forma constante.

El razonamiento argumental de los juristas es un razonamiento práctico. Se basa en argumentos que se justifican por «buenas razones». Allí encontramos una primer racionalidad instrumental que deberá ser acompañada por una segunda consistente en la razonabilidad en la elección de los fines (premisa 1)

6. Contexto de descubrimiento y de justificación

Los científicos sostienen que en la investigación hay dos fases diversas. La del descubrimiento y creación de una teoría que se puede explicar con base en motivos, circunstancias, prejuicios, trabajo, etc., pero que carece de toda posibilidad de ser formalizada de manera lógica. En cambio cuando el descubrimiento se integra en una teoría se lo debe justificar y ésta sí es una tarea lógica que implica corrección en los razonamientos y argumentos encadenados en forma deductiva.

En sentido similar los juristas dicen que la justificación interna es siempre lógica porque se refiere al paso de las premisas a la conclusión (contexto de justificación), pero que además se requiere una justificación externa que consiste en mostrar el carácter más o menos fundado de las premisas que integran el silogismo que concluye en la sentencia. Hay quienes niegan de plano racionalidad a esta tarea p. ej. los realistas norteamericanos que en general creen que la decisión judicial se encuentra siempre originada en motivos irracionales, subjetivos o emocionales y que luego, una vez hallada la solución, el aplicador procede a encontrar los argumentos que permitan justificarla.

7. Casos difíciles

Siguiendo a Atienza, diremos que lo son por cuatro motivos:

a. Problemas de relevancia: se duda sobre qué norma aplicar al caso

b. Problemas de interpretación: se duda acerca de cómo debe entenderse la norma

c. Problemas de prueba: se duda acerca de la existencia de un hecho

d. Problemas de calificación: Se duda acerca de si un hecho cae dentro del supuesto de hecho de una norma.

Si se pretende resolver con certeza y previsibilidad o con racionalidad y razonabilidad que es lo mismo que pasar el primer test de eficiencia que la sociedad requiere, el operador no puede apoyarse en su autoridad porque la comunidad le pide buenas razones como fuente de sus argumentos. Y ello, además por cuanto es necesario aumentar el control público sobre las decisiones, circunstancia que habrá de contribuir no sólo a facilitar las apelaciones de las partes involucradas en el conflicto, sino también para aumentar la credibilidad pública en el sistema jurisdiccional.

Hay diversos modelos de solución de estos casos, los primeros de los cuales son los de la tópica o retórica (Viehweg, Perelman, Toulmin) que se centran en la persuasión y en un estudio más particularizado del auditorio pero que reflejan una gran ambigüedad y equivocidad, si bien no dejan de tener interés para quienes abogan frente a los jueces. Las técnicas para tratar los casos difíciles según los modelos más recientes (Aarnio, MacCormick, Alexy, Atienza) pasan por un primer paso que consiste en la identificación del problema, un segundo que consiste en ver si el mismo acaece porque existe insuficiente información o un exceso de información, un tercer paso que trata de construir hipótesis de solución y un cuarto que implica justificarla mediante argumentos (que pueden ser inductivos, abductivos, analógicos -tanto «a pari» como «a contrario»- etc.). Con ello se busca racionalidad instrumental y razonabilidad en cuanto a los argumentos contenidos en las premisas, en definitiva las mismas buenas razones que se advierten el razonamiento de X tal cual fuera expuesto precedentemente a guisa de ejemplo.

8. El modelo cognoscitivo

Ferrajoli considera a la jurisdicción como una garantía básica y en un modelo de derecho penal mínimo cree que debe buscarse una verdad procesal empíricamente controlable y controlada. Las garantías procesales funcionan así no sólo como de libertad sino también como de verdad. Por lo mismo pide por un juez espectador, popular y sabio que desconfíe del poder como fuente de la verdad. Requiere una epistemología falsacionista e insiste con la necesidad de articular todas las posibilidades para las contrapruebas de la defensa. De allí la irracionalidad de las pruebas legales que aseguran verdades inductivas y el carácter siempre probabilístico de la sentencia y la justificación relativa de la misma.

9. El modelo que parte de la dogmática

El falsacionismo, epistemología a la que adhiere el autor citado pero que no es la única que puede servir de sostén a un modelo garantista, no resistió ataques duros de sus propios discípulos (Lakatos) ni tampoco soportó el embate sociohistórico, a la manera de Khun. La ciencia, de acuerdo a este autor, es un juego entre paradigmas, matrices disciplinares que fijan los objetos, las semánticas y los métodos y que sirven en tanto y en cuanto permitan ofrecer mejores explicaciones o ampliar el marco de los interrogantes a responder.

Esto mismo pasa con las teorías jurídicas (muy especialmente con la dogmática penal que representa tal vez el modelo teórico de mayor desarrollo en el mundo del derecho). A través de los modelos teóricos se observa el mundo, tal como el físico mira a través de su microscopio las imágenes que la teoría que adopta le hace esperar que aparezcan. No hay percepciones puras de hechos sino que éstos se encuentran conceptualmente enmarcados.

La asunción de las teorías depende de circunstancias históricas y de convicciones íntimas personales si bien habitualmente se suele elegir con cierta racionalidad a la de mayor poder explicativo, a la que refleja con mayor amplitud el campo de soluciones posibles a problemas concretos. No se puede pretender adoptar un modelo garantista si no se aspira a una sociedad abierta, que respete por igual todos los planes de vida, que trate a los sujetos con la misma consideración y respeto y que promueva activamente ciertas directrices políticas que mejoren la igualdad y la redistribución evitando en lo posible toda forma de dominación. La razonabilidad de los fines en un modelo de estas características surge por un consenso que produce aceptación, lo que requiere participar de teorías procesales o comunicativas que enmarquen una determinada situación de diálogo.

10. Los principios y las reglas

Si el garantismo como modelo teórico puede introducir razonabilidad a los fines mediante un cierto consenso al que se llega en el límite de alguna de las tesis citadas, habría que admitir que el derecho no se compone únicamente de normas, sino que además está integrado por principios que son superiores a ellas y que parten no solo del propio derecho sino también de pautas de moral y de política. De la conjunción entre reglas y principios se elaboran las teorías que los operadores necesitan para cumplir su misión de solucionar conflictos que suelen ser de suma 0 y que una mayor creatividad judicial transformaría en una maximización de las utilidades de las partes y una disminución de los costos que las mismas deben pagar.

Las teorías así escogidas proporcionan un marco de justificación interno y externo y a través de las mismas se puede lograr un mayor control de la jurisdicción, con lo que se racionaliza el proceso. La mejor teoría será la que ofrezca las mejores razones en el marco de una cosmovisión y frente a una audiencia que sea receptiva. No existen demasiados modelos y tal vez no pueda acordarse entre ellos en las razones últimas, pero operativamente parece más útil sustituir la búsqueda de la verdad por la de la justificación y el acuerdo de manera que nuestras descripciones nos permitan una mejor relación con los otros. (Habermas o Rorty). Esto implica privilegiar la acción comunicativa por sobre la estratégica.

11. Los jueces

Hay muchos modelos de jueces posibles. Algunos de ellos son: Salomón que cree en una verdad sustancial, es inquisidor, arbitrario y discrecional y para el cual la verdad depende de su autoridad. Hércules el Juez de Dworkin que es el que se encuentra capacitado para encontrar la respuesta correcta para resolver casos difíciles, que siempre existen en el sistema y lo hace a través de una adecuada e íntegra ponderación de principios y reglas, en suma la verdad depende de su integridad. Herbert el Juez de Hart que se piensa a sí mismo como constreñido por grandes sectores de racionalidad, pero considera que no hay una respuesta correcta a casos difíciles, donde en cambio si existe discrecionalidad e imposibilidad de control y donde la verdad es arbitraria y depende de sus principios o prejuicios.

El modelo de Juez que surge de lo expresado en este artículo es el que explícitamente asume la mejor teoría disponible, la que mejor explica fenómenos diversos ampliando el orbe de soluciones, la que concuerda con su cosmovisión y sus principios morales y políticos. Luego a través de la misma observa los hechos del proceso y las reglas y principios del derecho con el fin de lograr una sentencia justificada, aceptable y consensuada sin que necesite para ello mencionar la verdad. En los casos fáciles la lógica será suficiente garantía y en los difíciles será la teoría elegida la que le ofrecerá los argumentos necesarios para justificar con razonabilidad y lograr argumentos apoyados en buenas razones. Sólo así pueden conseguirse los jueces sabios, populares, humanos e independientes que permitan el renacimiento del ideal de la Ilustración y a la par fortalezcan la credibilidad en el sistema.

NEOCONSTITUCIONALISMO Y ESPECIFICIDAD DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Susanna Pozzolo
Universidad de Génova (Italia)

En qué consiste, si es que se da, la especificidad de la interpretación constitucional? ¿Qué distingue la interpretación de la constitución de la interpretación de cualquier texto normativo? ¿La interpretación de la constitución, es algo distinto de la interpretación de la ley? Se pueden leer cada vez con mayor frecuencia argumentaciones dirigidas a sostener la especificidad de la interpretación constitucional respecto a la de otros documentos normativos y, específicamente, respecto a la ley. La hipótesis de la que parte mi reflexión es que la especificidad de la interpretación constitucional, si se da, está estrechamente ligada a una peculiar configuración del objeto «constitución».

1. Neoconstitucionalismo

Si bien es cierto que la tesis sobre la especificidad de la interpretación constitucional encuentra partidarios en diversas disciplinas, en el ámbito de la filosofía del derecho viene defendida, en particular, por un grupo de iusfilósofos que comparten un peculiar modo de acercarse al derecho. He llamado a tal corriente de pensamiento neoconstitucionalismo. Me refiero, en particular, a autores como Ronald Dworkin[1], Robert Alexy[2], Gustavo Zagrebelsky[3] y, sólo en parte, Carlos S. Nino[4]. Probablemente estos iusfilósofos no se reconocen dentro de un movimiento unitario, pero, en favor de mi tesis, en sus argumentaciones es posible encontrar el uso de algunas nociones peculiares que posibilita que sean agrupados dentro de una única corriente iusfilosófica. Estas características se pueden sintetizar en algunas formulaciones:

---

[1] Cfr. R. Dworkin, *Freedom's Law,* Oxford UP, Oxford, 1996.

[2] Cfr. R. Alexy, *El concepto y la validez del derecho,* Gedisa, Barcelona, 1994.

[3] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite,* Einaudi, Torino, 1992; trad. esp. *El derecho dúctil.*

[4] Cfr. C. S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy,* Yale UP, New Haven - London, 1996.

1) Principios versus normas. Con esta formulación me refiero a la expresión de tesis dirigidas a sostener que el ordenamiento jurídico no se compone sólo de normas, sino de normas y principios. Los principios se diferencian de las normas por algunas características: la dimensión de peso o de importancia y la no aplicabilidad del llamado modo del «todo o nada», según el cual son aplicables al caso concreto sólo prima facie. Distintas son las conceptualizaciones de estos estándars normativos, pero, en general, son vistos como valores morales positivizados. Respecto al texto constitucional, aunque los principios no sean una peculiaridad absoluta del mismo, sí que es cierto que en él, en general, y en la mayor parte de las constituciones contemporáneas, se encuentran presentes en un número particularmente elevado, expresados en un lenguaje extremadamente vago y con un alto nivel de abstracción, hasta determinar un cambio cualitativo del propio documento. Junto a la tesis de los principios se encuentra, normalmente, la expresión de una tesis prescriptiva según la cual los jueces deberían servirse en mayor medida de tales estándares en la interpretación y en la argumentación jurídica. Eso vale, en primer lugar, como recomendación dirigida al juez constitucional, para el que se sugiere el uso de justificaciones basadas en argumentos de justicia. Pero, más en general, y también para ordenamientos en los que se cuenta con un órgano concentrado para el juicio de constitucionalidad de las leyes, esta tesis tiende a sugerir una interpretación de la constitución y la consiguiente argumentación, dirigida a extraer del texto constitucional normas y principios idóneos para regular directamente las controversias.

2) Ponderación versus subsunción. Con esta expresión me refiero al peculiar método interpretativo/aplicativo que requieren los principios. En efecto, ligada a la tesis de los principios se encuentra una peculiar teoría de la interpretación. Los principios no serían interpretables/aplicables según el común método llamado «subsunción», peculiar de las normas. Los principios necesitarían un método llamado ponderación o balanceo. Esta técnica interpretativa consta principalmente de tres pasos[5]: a) en primer lugar, una operación interpretativa tendente a localizar los principios aplicables al caso concreto. Se presupone que los principios idóneos para regular el caso concreto son siempre más de uno y que se presentan siempre en una relación de antinomia parcial. Es decir, se presupone que ambos regulan el caso, pero que tales regulaciones son sólo parcialmente coincidentes; b) en segundo lugar, los principios así localizados son internamente sopesados para poder ponerlos en relación jerárquica, obviamente axiológica; el principio de mayor peso prevalece sobre el principio de menor peso; c) en tercer

[5] Cfr. R. Guastini, *Distinguendo,* Giappichelli, Torino, 1996.

lugar, la jerarquía axiológica instaurada por el intérprete se caracteriza por no estar construida en abstracto, sino en concreto. O sea, se construye en relación al caso examinado y tiende, por tanto, a presentarse cambiante en el sentido de que dependerá de las características peculiares de cada caso específico. De este modo, el principio que prevalece en el caso examinado podrá sucesivamente ceder en el juicio de otro caso concreto. La relación axiológica, pues, se da cada vez para cada caso individual en base a los juicios de valor formulados por el juez individual.

3) Constitución versus independencia del legislador. Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis dirigida a sostener una penetración general del texto constitucional. Si la subordinación de la ley puede parecer obvia desde el momento que se afirma la superioridad del texto constitucional, lo que es peculiar de este modo de ver las cosas es la «materialización» o «sustancialización» de la constitución[6]. Con el uso de estos términos se quiere indicar que la constitución no tiene por objeto únicamente la distribución y la organización de los poderes, sino que presenta un contenido sustancial que condiciona la validez de las normas subconstitucionales. Esto, no ya en el sentido kelseniano según el cual la constitución constituya una suerte de «marco» en el cual el legislador ordinario lleva a cabo sus decisiones políticas[7]. Sin embargo, el «contenido sustancial condicionante» cumple una función muy parecida a la que previamente había desarrollado el derecho natural. Derecho natural, primero, derecho constitucional, ahora, derecho, en todo caso, que el legislador debe necesariamente considerar como una guía para la producción legislativa al que debe, por tanto, adecuarse y desarrollar. La ley, pues, cede el paso a la constitución y se convierte en un instrumento de mediación entre exigencias prácticas y exigencias constitucionales.

4) Jueces versus libertad del legislador. Con esta formulación me refiero a la expresión de una tesis favorable a la interpretación creativa de la jurisprudencia. Al juez, supuesta la presencia de los principios, el consiguiente abandono del método de la subsunción, la penetración general del texto constitucional, se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales. La sustancialización de la constitución sitúa en primer plano la consideración de las exigencias de justicia sustancial que el caso concreto trae consigo. Por lo cual, si con anterioridad el juez interpretaba/aplicaba el derecho independientemente de la valora-

---

[6] Cfr. M. La Torre, *Derecho y conceptos de derecho. Tendencias evolutivas desde una perspectiva europea*, en «Revista del Centro de Estudios Constitucionales», 16, 1993, pp. 67-93.

[7] Cfr. H. Kelsen, *Sulla teoria dell'interpretazione* (1934), en P. Comanducci y R. Guastini (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico,* cit., pp. 107-120, p. 108.

ción del caso concreto, ahora el juez debe interpretar el derecho a la luz de las exigencias de justicia vehiculadas por el caso. La interpretación moral del caso incide, de este modo, en la interpretación de las palabras del derecho. Debido a este peculiar papel asumido por el juez, éste tiende a configurarse como un fundamental elemento racionalizador del sistema jurídico.

2. Modelo axiológico de la constitución concebida como norma, neoconstitucionalismo y anti-iuspositivismo

Aquello que distingue la doctrina neoconstitucionalista es la adopción de un peculiar modelo constitucional. Tal modelo ha sido denominado «modelo axiológico de la constitución concebida como norma»[8]. «Constitución» designa aquel conjunto de reglas jurídicas positivas, fundamentales respecto a las demás reglas del conjunto, pero que pasan a ser «constitución» en razón del particular contenido que expresan, y no en razón del sujeto que ha redactado el documento. La adopción de este modelo constitucional se conjuga con el interés principal de la doctrina neoconstitucionalista. En efecto, ésta se mueva principalmente en la perspectiva de la justificación, a un nivel de lenguaje en el que se considera central la noción de razón para actuar. Una razón para actuar es una razón que justifica un comportamiento. Se sostiene que no es posible comprender el funcionamiento jurídico sin ponerlo en relación con la noción de razón, sólo de esta forma se clarifica la dimensión normativa del derecho. Si el primitivo modelo iuspositivista identificaba la razón para la acción en la orden del soberano[9], el modelo evolucionado de iuspositivismo rechaza tal planteamiento -que, en definitiva, identificaba una «razón justificativa» aludiendo a un hecho, cometiendo así una aporía lógica- y afirma que la justificación de una orden (o de una norma) reside necesariamente en otra norma, y no en el hecho de que alguien, quien quiera que sea, haya ordenado algo. Así, pues, la observancia de la constitución, en la medida en que ésta sea también una norma, debe justificarse en base a normas de carácter superior. Dicho de otro modo, si un juez recorre la cadena de competencia, partiendo de la norma aplicable al caso concreto, llegará a la carta constitucional. Pero esta última, si bien representa un límite interno al ordenamiento jurídico, contextualmente constituye un puente que permite el pasaje al discurso moral. Este último es, en última instancia, el único discurso que puede proveer una justificación a la observancia o a la aplicación del derecho. En efecto, una norma

[8] Cfr. M. Dogliani, *Introduzione al diritto costituzionale,* Il Mulino, Bologna, 1994; P. Comanducci, *Interpretazioni della costituzione,* manuscrito inédito.

[9] Cfr. J. Austin, *The Province of Jurisprudence Determined* (1954); R. Shiner, *Norm and Nature,* Clarendon Press, Oxford, 1992.

moral se acepta en virtud de su contenido y no por su génesis; ella sola, por tanto, constituye la justificación última de una acción o de una decisión. La justificación jurídica, pues, es en última instancia necesariamente moral[10].

Este peculiar modo de acercarse al derecho puede ser leído como un intento de revisión de la doctrina iuspositivista. En particular, esta revisión se refiere a la llamada «regla de reconocimiento». La conceptualización de los principios como normas morales positivizadas conduce a sostener que la regla de reconocimiento iuspositivista -regla que, como es sabido, se identifica sobre la base de un análisis de la génesis de las normas del ordenamiento- no está en condiciones de dar cuenta de estos estándares normativos o, mejor dicho, está en condiciones de reconocer sólo algunos de ellos. Los principios son, empero, fundamentales a nivel de justificación: permiten el paso del discurso jurídico al moral proveyendo, en última instancia, la justificación última de las decisiones jurídicas. Es preciso, pues, modificar la regla de reconocimiento y aceptar el hecho de que, en ciertos casos, y dado que los principios son jurídicos, el derecho es considerado válido no en razón de un test de pedigree sino en razón de un test moral, el cual, por definición, no se basa en la génesis de los principios sino en su contenido[11].

Esto lleva a sostener, a distintos niveles[12], la conexión necesaria entre derecho y moral. La conexión se verifica a nivel interpretativo. Al atribuir significado a los estándares denominados «principios», el operador debe primero atribuir significado a los valores morales subyacentes; es preciso, pues, que ofrezca una lectura moral de los mismos (y no literal). Desde el punto de vista del mero análisis lingüístico, los principios no tendrían nada que decir, perderían su valor prescriptivo; por el contrario, se comprenden a través de su ethos. El producto de la interpretación, al final de varios pasos valorativos requeridos, es una norma que pueda justificar una decisión en cuanto presenta un origen moral. La conexión entre derecho y moral se verifica, pues, también a nivel justificativo, ya que sólo mediante esa vía la decisión jurídica podría justificarse. A partir de ahí, la doctrina del neoconstitucionalismo sostiene la prevalencia del punto de vista interno, del punto de vista del participante, en relación con el del observador desinteresado. Sólo desde la perspectiva del participante es identificable la decisión

---

[10] Para la distinción entre justificación moral y justificación jurídica: cfr. P. Comanducci, *Diritto, morale e politica,* manuscrito inédito; J. J. Moreso, P. E. Navarro, M. C. Redondo, *Argumentación jurídica, lógica y decisión judicial,* en «Doxa», 11, 1992, pp. 247-262.

[11] En realidad se ha mostrado que esta interpretación de la regla de reconocimiento hartiana es parcial. Hart, en efecto, no limita la capacidad de reconocimiento de la regla sólo al derecho legislativo, sino que toma en cuenta también el derecho de fuente jurisprudencial. Cfr. W. J. Waluchow, *Inclusive Legal Positivism,* Clarendon Press, Oxford, cap. 8.

[12] Cfr. C. S. Nino, *Derecho, moral y política,* Ariel, Barcelona, 1994.

justificada. El observador, sin compartir el sustrato moral de los participantes, no podría identificar la efectiva justificación del derecho. Tendería a proveer una descripción falaz, puesto que remontándose de la norma en cuestión hasta la norma que la justifica y así sucesivamente construyendo la cadena de competencia, llegará hasta la última norma positiva del sistema, por ejemplo, a la constitución, pero más allá de este punto no estará en condiciones de identificar normas válidas, sino sólo la prescripción de alguna autoridad, por ejemplo, la asamblea constituyente, y considerará, entonces, que la justificación de las decisiones reside, en última instancia, en los hechos que han llevado a la existencia de las normas aplicadas. Pero, como se ha dicho, la justificación de una norma reside siempre en otra norma y no en los hechos en los que ha tenido su origen. Por tanto, en definitiva, el observador no podrá identificar la «real» justificación de las decisiones jurídicas.

Siguiendo esta línea doctrinal, también la ciencia jurídica debe asumir responsabilidades morales[13]. No puede limitarse a una descripción del derecho. Si hiciera esto último, en efecto, no sería de ninguna utilidad para la práctica jurídica, ya que no podría proveer un esquema conceptual de justificación de las decisiones. La doctrina neoconstitucionalista rechaza, por tanto, la adopción de un modelo descriptivo de la norma constitucional; modelo en el que «constitución» denota un conjunto de reglas jurídicas positivas consideradas respecto a las demás reglas, superiores o fundamentales. El rechazo del uso de este modelo se debe a su carácter descriptivo, y por eso mismo, incapaz de proveer razones para actuar. Si la ciencia tiene la tarea de reformular y reconstruir el ordenamiento jurídico, ayudando de este modo a los juristas prácticos a solucionar los problemas que surgen de la interpretación y la aplicación del derecho, debe usar conceptos normativos, conceptos que sin ser formulados en una perspectiva descriptiva tomen en consideración el contenido obligatorio del derecho.

3. Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional

Para analizar el significado que asume la especificidad de la interpretación constitucional en el ámbito de la doctrina neoconstitucionalista haré referencia a los modelos constitucionales identificados anteriormente. De interpretación específica del texto constitucional se puede hablar en distintos sentidos[14]. Hay, en efecto, algunas características peculiares de la constitu-

[13] Cfr. C. S. Nino, *Introduzione all'analisi del diritto* (1980), Giappichelli, Torino, 1996; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite,* cit.

[14] Cfr. R. Guastini, *Specificità dell'interpretazione costituzionale?,* en P. Comanducci y R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* 1996, Giappichelli, Torino, 1996; L. Prieto Sanchís, *Notas sobre la interpretación constitucional,* en «Revista del Centro del Estudios Constitucionales», 9, 1991, pp. 175-198.

ción que permiten hablar de especificidad. En primer lugar, se puede identificar una especificidad en base a los peculiares sujetos de la interpretación. En segundo lugar, se puede identificar el uso de particulares técnicas interpretativo/aplicativas adoptadas para el texto constitucional. En tercer lugar, pueden darse peculiares efectos de las sentencias del juez constitucional. En cuarto lugar, se puede hablar de especificidad de la interpretación constitucional en razón de la rigidez o de la flexibilidad de la constitución. En quinto lugar, se puede sostener la especificidad en base al objeto «constitución».

a) Peculiaridad del sujeto. La especificidad de la interpretación constitucional en base al sujeto de la interpretación depende de la estructura del ordenamiento[15]. Si, por ejemplo, el ordenamiento considerado prevé un juez constitucional concentrado en un órgano expreso se puede identificar una especificidad de la interpretación de la constitución respecto a la interpretación de la ley en cuanto a la competencia de la interpretación/aplicación de una y otra sea conferida por el ordenamiento a sujetos distintos. Si el ordenamiento considerado prevé, por el contrario, un control de constitucionalidad difuso, no habría especificidad de la interpretación constitucional respecto a la interpretación de la ley en cuanto que hay un único sujeto competente para la interpretación/aplicación de una y otra.

b) Efectos peculiares de las sentencias del juez constitucional. Unido al tipo de control de constitucionalidad previsto por el ordenamiento considerado, se podrían determinar peculiares efectos causados por la aplicación del texto constitucional[16]. Generalmente, por ejemplo, en los sistemas con control de constitucionalidad concentrado, las sentencias del juez constitucional tienen efectos erga omnes, mientras que en los sistemas con control difuso aquéllas tienen valor inter partes. Además, se pueden determinar peculiaridades debidas a la mayor relevancia político-social que las decisiones constitucionales suelen tener.

c) Peculiaridad de las técnicas interpretativas. ¿Es posible identificar una especificidad respecto a las técnicas interpretativas en derecho constitucional? Si por actividad interpretativa se entiende atribución de significado a un texto no parece que haya especificidad en la interpretación de la constitución[17]. Por el contrario, es posible identificar una especificidad res-

---

[15] Cfr. R. Guastini, *Distinguendo,* cit. pp. 238-241; L. Prieto Sanchís, *Notas sobre la interpretación constitucional,* cit., p. 176.

[16] Cfr. L. Prieto Sanchís, *Notas sobre la interpretación constitucional,* cit., pp. 185-186.

[17] Pero los principios, como se ha dicho, no son interpretables por esa vía; la operación dirigida a atribuir significado a estos estándars normativos no se puede limitar a un análisis lingüístico. El significado de los principios debe comprenderse en base a las concepciones morales y políticas que presuponen. Estos estándares son conceptos que remiten necesariamente a concepciones, pero en el lenguaje constitucional se dejan expresamente vagos para poder adap-

pecto a las técnicas argumentativas en derecho constitucional. A menudo, en efecto, el juez constitucional, especialmente si se concentra en un único órgano, motiva sus decisiones en base a argumentos de principio y, otras veces, en base a argumentos de justicia. Pero estas peculiaridades de la argumentación constitucional son evidentemente de carácter contingente y no necesario. Así, de nuevo, la especificidad de la interpretación constitucional será contingente según la rigidez o flexibilidad de la constitución.

d) Especificidad del objeto. Parece que para sostener una especificidad de la interpretación constitucional en un sentido que no sea contingente es preciso sostener una especificidad del objeto «constitución». Comparando los dos modelos de constitución antes indicados se podría decir que:

A) Quien adopta el modelo descriptivo de la constitución concebida como norma, configura el documento constitucional como un documento normativo al mismo nivel que la ley. Así, al nivel de la ley, la interpretación de la constitución consiste en la atribución de significado al texto normativo: atribución de significado en el caso del juez, constatación de atribuciones de otros en el caso del observador desinteresado. En este sentido, la especificidad sería relativa a otras características peculiares del ordenamiento examinado, pero no del objeto «constitución»[18]. La especificidad podría estar determinada: a) por el sujeto particular, si existe, destinado a la interpretación de la constitución; b) por el uso de particulares técnicas argumentativas; c) por los peculiares efectos que pueden determinar las interpretaciones de la constitución, etc.

B) Quien adopta el modelo axiológico de la constitución concebida como norma, por el contrario, configura el objeto constitución, siempre como documento normativo, pero de tipo específico: sería tratado de forma distinta a la ley. La constitución, como se ha dicho, en el «modelo axiológico de la constitución concebida como norma» constituye una suerte de puente entre el discurso jurídico y el moral, por cuanto su interpretación no puede prescindir de valoraciones éticas. El intérprete constitucional, para atribuir significado a las disposiciones constitucionales y en primer lugar a las de principio, debe referirse a una tesis moral. El lenguaje constitucional no es interpretable con los instrumentos comúnmente utilizados para la interpretación del derecho infraconstitucional, o sea, no basta con la referencia al sen-

---

tarlos a concepciones diversas. Es el juez quien establece, en relación a las exigencias del caso y en cada ocasión, la mejor concepción posible de conformidad y coherencia con todo el sistema. Cfr. R. Dworkin, *Taking Rights Seriously,* Harvard UP, Cambridge, 1977; G. Rebuffa, *Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale,* en «Materiali per una storia della cultura giuridica», 1, 1980, pp. 209-229.

[18] Cfr. R. Guastini, *Distinguendo,* cit.; L. Prieto Sanchís, *Notas sobre la interpretación constitucional,* cit.

tido común de las palabras empleadas en la disposición. De este modo, la atribución de significado conduciría, por un lado, a hallar conflictos absolutos, y por tanto llevaría a la expulsión de algunos principios; por otro, conduciría a una aplicación absoluta de algunos de ellos, produciendo decisiones axiológicamente insoportables. La diversidad del objeto «constitución» se basa, por tanto, fundamentalmente en la presencia de principios en el texto constitucional. Aquellos estándares normativos son valores morales positivizados, los cuales, para ser comprendidos requieren consideraciones morales. La adopción del modelo axiológico de constitución concebida como norma conduce, por tanto, a sostener una interpretación en algún sentido moral de la constitución. Ello presupone que el intérprete actúe comparando un modelo ideal de constitución con el modelo real e interprete a este último a la luz de las asunciones de valores derivados del primero[19]; obviamente todo eso se presupone siempre que tenga lugar en concreto y no en abstracto[20]. Claro está que mientras la axiología del intérprete cada vez sea estrechamente dependiente del caso concreto, colocándose desde el punto de vista del «buen juez», las distintas interpretaciones deberán ser argumentadas de manera tal que formen un cuadro coherente. La jerarquía axiológica instituida cambiará, de todos modos, continuamente en relación a las exigencias de justicia sustancial de cada caso concreto. El modelo axiológico de la constitución concebida como norma rechaza la concepción del siglo XVIII que considera tal documento normativo una barrera contra el poder. Este modelo, por el contrario, identifica en la constitución un objetivo, una guía, para el legislador, a la que no sólo debe adaptarse, sino que debe desarrollar; tiende, en definitiva, a configurar el documento constitucional como un instrumento capaz de modelar las relaciones sociales, y no como un mero instrumento de limitación del poder político y garantía de derechos individuales.

4. Interpretación moral de la constitución

La interpretación moral de la constitución, contrapuesta a una interpretación en algún sentido literal, responde a una demanda de justicia sustancial, pero, por otro lado, vuelve al derecho incierto. Obviamente, aquí se trata de una cuestión de elección de los valores que se creen prevalentes. Pero, en mi opinión, aún observando el problema desde la misma perspectiva y con el mismo objetivo, que es el histórico del constitucionalismo, es decir, la limitación del poder y la garantía de los derechos, surgen algunos problemas.

1) En primer lugar, según la doctrina neoconstitucionalista, el agente consciente del cambio constitucional, o de la interpretación evolutiva de la

[19] C. S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy,* cit.

[20] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite, cit.,* cap. VII, par. 4.

constitución, es el juez constitucional. Pero también el juez ordinario en la medida en que el texto constitucional está sujeto a una interpretación dirigida a obtener normas directamente aplicables a las controversias. Esto genera un problema de compatibilidad con el equilibrio de poderes constitucionales reconocido en gran parte de las constituciones contemporáneas. Aunque ya sea claro que la aplicación del derecho no consiste en una mera subsunción del hecho en la norma y que el proceso interpretativo y decisional del juez comporta elecciones, la separación de poderes, más allá de su dimensión ideológica, ofrece un instrumento de garantía de los derechos individuales. En este modelo, en efecto, sólo el poder legislativo está legitimado para producir nuevo derecho, posición de poder al que corresponde la responsabilidad política, mientras que el poder jurisdiccional tiene tareas de garantía y tutela contra leyes que lesionen derechos. La constitución, desde este punto de vista, actúa como barrera frente a las decisiones políticas adoptadas por el legislador, limitando y circunscribiendo su competencia para producir nuevo derecho[21]. El poder judicial, en este cuadro, se configura como un instrumento de contrapeso del poder legislativo que anula las decisiones que traspasan los límites de tal competencia legislativa. La interpretación evolutiva de la constitución quita la tarea de las decisiones políticas de las manos del legislador y la pone «bajo tutela». Ello con el consiguiente riesgo de una concentración del poder en manos de un único cuerpo, el judicial.

2) En segundo lugar, esta interpretación de la constitución implica el hecho de que ésta no pueda ya ser asumida como norma más elevada del ordenamiento jurídico. Presupone que el texto constitucional sea interpretado a la luz de algunos principios superiores, lo cual genera el interrogante acerca de la naturaleza de tales principios supraconstitucionales[22].

3) En tercer lugar, la interpretación moral de la constitución deja abierto el peligro del llamado «gobierno de los jueces» y, al menos en parte, el peligro de un gobierno de los juristas que disuelve, es cierto, el terrible peligro que en democracia se produzca la llamada «tiranía de la mayoría». «Democracia» es una palabra que designa distintas concepciones relativas a la vida política de una comunidad social. Creo, sin embargo, que el referente actual de esta palabra pueda sintetizarse en la «participación de los ciudadanos en la vida política de la comunidad», ciudadanos que se presuponen autónomos y que se autodeterminan. La regla de la mayoría, si bien

[21] Cfr. C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la haute cour constitutionnelle d'autriche* (1928), Presses Unversitaires D'aix, Marseille, 1986.

[22] Cfr. M. Troper, *La nozione di principio sovracostituzionale,* en P. Comanducci y R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto 1996,* Giappichelli, Torino, 1996.

no conceptualmente necesaria, puede sostenerse que es una necesidad empírica de funcionalidad. La locución «democracia constitucional» vehicula también distintos significados pero, también en este caso, creo que se puede identificar el actual referente conceptual de la locución en la idea de que la comunidad sea gobernada por los ciudadanos, los cuales, de algún modo, están obligados a observar un documento normativo que fija las reglas formales y sustanciales, para la discusión democrática[23]. El sujeto, o mejor dicho, los sujetos delegados para tomar las decisiones políticas tienen, dentro del marco constitucional, libertad para instaurar jerarquías axiológicas en relación a los objetivos socio-políticos que creen que hay que perseguir, la otra cara de la moneda de esta libertad es su responsabilidad política. Ahora bien, vista desde esta perspectiva, la interpretación moral de la constitución suscita algunas perplejidades:

a) Si la discusión intersubjetiva que caracteriza a la democracia es un valor asumido como fundamental (porque estimula la autonomía de los individuos, la participación en la vida social, etc.); si se piensa que el proceso democrático, en cuanto procedimiento dirigido a alcanzar la unanimidad de los consensos, si bien limitado por la regla de la mayoría, es más provechoso que la reflexión individual: la superioridad moral del juicio del juez, respecto a la valoración del legislador no se explica. Esto no debilita la utilidad de un control de constitucionalidad de las leyes, porque las decisiones tomadas por la mayoría podrían también siempre presentar vicios de forma y de contenido, y porque el control de constitucionalidad no es un juicio moral, sino un juicio de compatibilidad constitucional.

b) Sostener la superioridad moral del juicio de un juez respecto al juicio del legislador, significa debilitar el principio de autodeterminación de las personas colocando a los ciudadanos bajo tutela. Significa, en definitiva, confiar tareas de educación moral a la aplicación del derecho. Tampoco esto debilita la utilidad del juicio de constitucionalidad de las leyes porque han sido los propios ciudadanos, bajo los ropajes del poder constituyente, quienes han establecido una forma de auto paternalismo preveyendo en el texto constitucional una mayor tutela para algunos derechos, precisamente contra su propio intento, en la forma de una decisión de la mayoría, de lesionarlos. Tampoco en este caso el juez constitucional expresa, pues, un juicio moral.

e) Con esta perspectiva interpretativa se disuelven las razones en favor del propio proceso democrático y también las razones en favor de la persistencia de la constitución. Esta perspectiva aspira a otorgar al sujeto más

[23] Cfr. F. Schauer, *Playing by the Rules,* Clarendon Press, Oxford, 1991; C. Rustici, *Quando le regole del gioco sono più dure del gioco. A proposito di* «Playing by the Rules», en «Ragion pratica», 7, 1996, pp. 251-268.

irresponsable políticamente e inamovible la tarea de reformular las decisiones políticas de valor llevadas a cabo a través del proceso democrático. Si la reflexión moral individual del juez individual es considerada superior a la discusión intersubjetiva, ¿qué sentido tiene mantener un procedimiento para la toma de decisiones colectivas de tipo democrático? La preexistencia de la constitución, entendida como documento auto-obligatorio establecido por los ciudadanos, no tendría razón de ser, ya que el juicio moral del juez individual sería siempre más justo que lo que establecen las normas constitucionales.

d) Se presenta, además, un problema fundamental para el constitucionalismo contemporáneo: ¿quién controla al controlador? La separación de poderes constituye una barrera contra la concentración de poder, pero para tutelar los derechos individuales las constituciones contemporáneas prevén algunas garantías específicas frente al poder. Así, las constituciones prevén garantías frente al poder legislativo, frente al poder ejecutivo, frente al poder judicial. Por eso, mientras el poder ejecutivo y legislativo están sujetos a controles externos al control del poder jurisdiccional, no sucede lo mismo frente a este último. Generalmente las garantías constitucionales, últimas, ofrecidas por el ordenamiento jurídico para la tutela de los derechos reconocidos en la carta fundamental son de tipo jurisdiccional. Esta técnica de tutela de los derechos se revela satisfactoria hasta que no hay algún problema de garantía frente al poder jurisdiccional, o sea, hasta que este último no se configura como un poder normativo. Pero desde el momento en que el juez es un libre intérprete, incluso moral, del derecho: ¿qué garantía tiene el ciudadano?[24]

e) la interpretación moral llevada a cabo por los jueces coloca a uno de los sujetos más irresponsables e inamovibles para que cumpla decisiones políticas de la comunidad.

4) En cuarto lugar, la tutela de los derechos no es ya confiada a la palabra del derecho, sino a la interpretación moral del juez. Este modo de pensar surge del postulado según el cual, dada la preocupación por la tutela de los derechos y su histórica precariedad, el terreno más seguro para su tutela sea colocarlos al nivel del discurso moral, no al nivel del discurso jurídico. Eso presupone que hay un conjunto de normas morales objetivamente válidas. Sólo así se explica esta operación. Pero la existencia de normas objetivamente válidas, al menos por ahora, representa un punto central, claro está, pero un punto central de desacuerdo. Por esta razón no parece prove-

[24] Cfr. R. Guastini, *Le garanzie dei diritti costituzionali e la teoria dell'interpretazione,* en P. Comanducci y R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* 1990, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 99-114.

chosa la operación que transfiere los derechos al plano moral, quitándoles lo más genuinamente jurídico. Por ese camino sólo se crea la ilusión de su seguridad, escondiendo su intrínseca fragilidad[25].

5) En quinto lugar, la aplicación dúctil[26] del derecho incide directamente sobre la tutela de los derechos. La perspectiva que la doctrina neoconstitucionalista toma en consideración, quedando inamovible el objetivo histórico del constitucionalismo, parece ser unívocamente el del «buen juez dotado de buen criterio». Pero desde el punto de vista constitucional, mejor sería tal vez adoptar la perspectiva del «bad man». El derecho, en efecto, presenta dos caras: una cara de garantías y una cara de opresiones. Sostener, como hace la doctrina neoconstitucionalista, la prevalencia de la exigencia de justicia sustancial del caso concreto respecto a la exigencia de certeza de la ley, y por tanto apoyar una interpretación moral que supere una dura aplicación, conduce a sobreponer el plano moral al jurídico. Esto puede funcionar hasta que nos encontramos ante el «buen juez dotado de buen criterio», pero la dimensión garantista del derecho desaparece. Se puede poner un ejemplo. Para referirse al «viejo» sistema operativo iuspositivista, la doctrina neoconstitucionalista usa la tristemente famosa locución «la ley es la ley». Pero no advierte al lector de la ambigüedad de tal locución una vez extrapolada del contexto histórico en el que nació. «La ley es la ley» puede evocar un modo de pensar legalista, en el sentido del positivismo ideológico, para el que la justificación de una decisión jurídica, en última instancia, se descubre en la orden pronunciada por un superior, postulando la justicia de una orden por el solo hecho de provenir de un determinado sujeto. Pero, en el ámbito de una sociedad constitucional-democrático-pluralista tal locución puede leerse, también, en el sentido opuesto, es decir, en la perspectiva de un garantismo legislativo. Si se considera que la autonomía de las personas es un valor, y si se concibe el derecho como una suerte de «mal

[25] Algunos critican la previsión constitucional de los derechos basándose en el hecho de que tal introducción restringe su alcance, por un lado, y la previsión de un catálogo finito de derechos no garantiza «todos» los derechos reclamados por una sociedad pluralista: cfr. J. Waldrom, *A Rights-Based Critique of Constitutional Rights,* en «Oxford Journal of Legal Studies», 13, 1993, pp. 18-5 1; contro cfr. J. J. Moreso, *Derechos y justicia procesal imperfecta,* ponencia inédita presentada al Il Congreso de «Ragion pratica», San Remo, Palazzo Roverizio, 12/13/14 junio 1997. Otros, como Stephen Holmes, opinan que la estrategia de la introducción de un Bill of Rights en el texto constitucional constituye una forma de auto-paternalismo (justificado), un vínculo que refuerza la democracia: cfr. S. Holmes, *Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia* (1988), en G. Zagrebeisky, R P. Portinaro, J. Luther (a cura di), *Il futuro della costituzione,* Einaudi, 1996 pp. 167-208. Cfr., también, E. Bulygin, *Sobre el status ontológico de los derechos humanos,* en C. E. Alchourrón y E. Bulygin, *Análisis lógico y Derecho,* C. E. C., Madrid, 1991, pp. 619-625; R. Guastini, *Diritti,* en P. Comanducci y R. Guastini (a cura di), *Analisi e diritto* 1994, Giappichelli, Torino, 1994, pp. 163-174.

[26] Cfr. G. Zagrebelsky, *Il diritto mite,* cit.

necesario» con la principal función de resolver los conflictos que se producen en la comunidad, se puede entender la locución «la ley es la ley» como garantía contra las imposiciones morales de quien sea. Si al derecho se confíala única tarea de dirimir los conflictos[27], si la constitución ha establecido algunos derechos excluyéndolos del proceso democrático de discusión, si el legislador, en cuanto representante delegado de sujetos autónomos y que se autodeterminan, realiza determinadas elecciones dentro de los límites constitucionales, la afirmación «la ley es la ley» puede ser entendida como una prescripción restrictiva de la libertad interpretativa del juez, una interpretación que haciendo referencia al significado común de las palabras restringe el ámbito dispositivo de la interpretación judicial. Esto puede parecer un defecto en aquellos casos en los que la solución del derecho parece moralmente injusta, y los jueces, en efecto, en estos casos argumentan sosteniendo la presencia de lagunas: sosteniendo, por ejemplo, que «el legislador no ha tenido en cuenta este tipo de casos porque no ha pensado en ellos, pero si lo hubiera hecho habría previsto con seguridad una excepción». Pero es preciso hacer una distinción entre el caso en el que el juez está argumentando en favor de la previsión de una excepción de aquello que establece la ley (por supuesto, produciendo nuevo derecho), establece una excepción justificada bajo la consideración abstracta de la ley, según la cual ésta permanecerá también en los casos futuros, del caso en que el juez argumentando en favor de una solución distinta del caso respecto a lo que establece la ley, establece una excepción justificada bajo la consideración en concreto de la ley que no permanecerá para los casos futuros. Si, además, se entienden los derechos reconocidos en las constituciones como pretensiones, a las cuales, por tanto, corresponden una obligación por parte de otro sujeto, no se ve por qué su solidez sea mejor garantizada por el discurso moral que por el discurso jurídico. Mientras en el discurso jurídico a la atribución de un derecho, de una pretensión garantizada, le sigue la imposición de un deber a otros sujetos, y el derecho está, pues, garantizado constitucionalmente; en el discurso moral, a la atribución de un derecho no le corresponde una tutela institucionalizada, el derecho, por tanto, no constituye una pretensión garantizada. Si esto es así, si un derecho es considerado un derecho moral no jurídico, su defensa estaría a merced de las creencias éticas del juez individual, sin que el ciudadano pueda reivindicar su tutela efectiva. En el ámbito del discurso moral la tutela de los derechos sería reivindicable sólo en el caso en que se afirmase la existencia de principios morales objetivos, principios, que no se ponen en discusión. Pero, por otro lado, es un hecho que la identificación y el reconocimiento de un elenco de derechos

[27] Cfr. M. R. Dámaska, *I volti della giustizia e del potere* (1986), Il Mulino, Bologna, 1991.

objetivos (o, al menos, universalmente aceptados) constituye sólo una reivindicación política (y ética), que no encuentra todavía un acuerdo generalizado. Si, en cambio, se opina que el derecho debe tener la función de perseguir una determinada educación moral de los ciudadanos, no considerando las objeciones a estas tesis, en el ámbito de una sociedad democrática debería ser el legislador quien desarrollara esta labor educativa y no el juez[28].

(Traducción de Josep M. Vilajosana)

[28] En efecto, es conceptualmente compatible tanto con la democracia como con el postulado de la racionalidad de los participantes la función educativa del legislador. Un sujeto racional precisamente en virtud de tal propiedad puede delegar en otros, más cualificados que él mismo, su educación, en el mismo sentido que un estudiante está en condiciones de elegir un maestro.

EL CARÁCTER PRÁCTICO DE LOS DEBERES JURÍDICOS*

María Cristina Redondo
CONICET (Argentina)

I. Introducción

Hay diversas formas en las que un modelo teórico puede ser puesto en tela de juicio. Una de ellas consiste en mostrar que su implementación no permite captar aquello que interesa respecto de un problema, o que lo hace de un modo notoriamente defectuoso. Ésta es una de las críticas que se le formulan al modelo positivista cuando se trata de explicar el carácter práctico del derecho, es decir, su capacidad para determinar la conducta de los ciudadanos y jueces a los que se dirige.

Un reflejo de la distinción positivista entre lo que el derecho es y lo que debe ser es la separación nítida entre los problemas de identificación del derecho, y los problemas relativos al deber de aplicación u obediencia de sus normas. Conforme a algunas propuestas positivistas, el primero es un problema al que la teoría jurídica debe brindar una respuesta; pero el segundo es un problema práctico que no puede ser resuelto por la teoría general del derecho. La respuesta a la cuestión sobre si se debe aplicar u obedecer el derecho depende, contingentemente, de lo que requiera cada sistema jurídico, y de si su contenido está o no en conflicto con alguna consideración moral aplicable a la situación particular. En otras palabras, el derecho no tiene por sí mismo carácter práctico, dicha cualidad depende de la corrección moral de su contenido. Desde esta perspectiva, que exista un derecho no equivale a que exista un *deber* de hacer lo que él establece, i.e. de obedecerlo o de aplicarlo.

Conforme a algunos de sus críticos, la separación que el positivismo propone entre el problema de identificación del derecho, por un lado, y el

* Este trabajo ha sido realizado gracias al apoyo del CONICET, Fundación Antorchas, y la Fundación Caja de Madrid.

relativo al deber de aplicación u obediencia, por otro, es viable[1]; pero pone en evidencia que el modelo teórico del positivismo no logra explicar el carácter práctico del derecho. En efecto, desde esta posición se subraya que uno de los objetivos fundamentales de cualquier teoría jurídica consiste en dar una explicación de la normatividad de las disposiciones del derecho, es decir, de su carácter de razón capaz de determinar la acción de los agentes. No captar correctamente este rasgo, o pasarlo por alto, equivale a no explicar por qué el derecho es una institución con relevancia práctica. En este sentido, sea o no definitorio del derecho, lo importante es saber de qué modo y bajo qué condiciones éste establece genuinos deberes de actuar, i.e. razones para hacer lo que nos requiere. La falla del positivismo consiste, o bien en que se desinteresa de la explicación de este rasgo práctico fundamental, o bien en que al hacerlo debe abandonar una de sus premisas básicas, y reconocer que la capacidad práctica del derecho sólo se explica a través de su relación con la moral[2]. Esta última crítica se sostiene en la idea según la cual, sólo las razones morales constituyen «genuinas» razones para la acción, i.e. son las únicas generadoras de un auténtico deber de actuar. Consecuentemente, sólo en virtud del apoyo en razones morales el derecho puede ser normativo y tener carácter practico[3].

II. La normatividad del derecho

La idea de normatividad es notoriamente ambigua. Se suele sostener que lo que confiere carácter normativo a un enunciado es el *uso* de dicho enunciado *con la intención* de guiar o dirigir la conducta de otro agente. Por ejemplo, si admitimos que todas las disposiciones de lo que conocemos como el antiguo derecho romano fueron establecidas con esta intención, podemos afirmar que el derecho romano aún hoy es normativo. Bajo este concepto, el predicado «normativo» atribuido a un enunciado significa que ha

[1] Conforme a otro tipo de crítica, esta separación no es posible. La imposibilidad se basa en que la pregunta por la identificación del derecho está necesariamente unida a la pregunta acerca de cómo debemos actuar desde un punto de vista moral. Identificar el derecho es un proceso constructivo en el que se proyectan nuestras convicciones acerca de cómo comportarnos correctamente. Cf. Dworkin, Law's Empire, Harvard University Press, Cambridge, 1986, chap. II; también Nino, Carlos S. *Derecho, Moral y Política,* Ariel, Barcelona. 1994, cap. III.

[2] En esta crítica coinciden, inclusive, algunos autores que mantendrían una teoría positivista para identificar el derecho. Por ejemplo, ella se encuentra en los primeros trabajos de Carlos Nino y, en la literatura española, en numerosos trabajos de Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Juan Carlos Bayón, etc. Desde esta perspectiva, las normas jurídicas no bastan para justificar la decisión judicial, ya que ellas no constituyen razones operativas.

[3] En opinión de Joseph Raz, algunas de las estrategias que explican la normatividad del derecho basándose en su relación con las razones morales son compatibles con el positivismo. Cf. Raz, Joseph, «Authority, Law and Morality», en *Ethics in The Public Domain. Essays in The Morality of Law and Politics,* Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 210-237.

sido emitido *con el propósito* de obligar, prohibir o permitir algo, y es independiente de la efectiva relevancia práctica que tenga el enunciado del que se predica. Esto explica porqué no es ésta la noción de normatividad que interesa en la discusión actual, especialmente preocupada por el problema de la relevancia práctica del derecho.

Por lo general, en la discusión sobre la normatividad del derecho el interés no se dirige a la mera identificación de enunciados formulados *con la intención* de obligar, prohibir o permitir conductas. Que un enunciado contenga estos términos deónticos, y/o que se use *con la intención* de guiar conducta, no garantiza que dicho enunciado adquiera relevancia práctica, i.e. dé efectivamente lugar a un deber de aplicación y obediencia por parte de los jueces y ciudadanos. Según esta perspectiva, la teoría del derecho tiene que explicar bajo qué condiciones surgen estos deberes. Es decir, bajo qué condiciones las disposiciones jurídicas logran constituir razones para la acción que requieren. La noción de razón para la acción puede entenderse de distintas maneras, en cualquier caso, conforme a esta segunda perspectiva, el concepto de normatividad está internamente vinculado con dicha noción. En este sentido, es claro que las disposiciones del antiguo derecho romano, en general, hoy carecen de normatividad.

Por último, me interesa destacar que, aun entre quienes vinculan la noción de normatividad con la de razón para la acción, existe una discusión interna que, a menudo se plantea como un interrogante acerca de cuándo un enunciado o consideración es «genuinamente» normativo. Así, se afirma que un enunciado no es «genuinamente» normativo si constituye sólo una razón ordinaria que se suma, como una más, a las restantes razones existentes para hacer o dejar de hacer algo. Conforme a una de las propuestas más sobresalientes en esta discusión, lo que caracteriza a las normas es que ellas constituyen un tipo especial de razón que, a la vez que provee una razón para la acción, es excluyente de otras razones ordinariamente aplicables. En este trabajo no me referiré a esta específica discusión[4].

[4] Sin embargo, cabe destacar que se trata de un tema fundamental en relación a la discusión en desarrollo. Dado que el derecho regula conductas, primordialmente, a través de reglas es preciso explicar en qué se diferencian las reglas de las restantes razones ordinarias. A su vez, es también preciso enfrentar la acusación de irracionalidad que pesa sobre las acciones y decisiones cuya razón es el seguimiento de una regla. Al respecto existe una extensa bibliografía. Véase, por ejemplo, Raz Joseph, *Practical Reason and Norms,* (1 ed), Hutchinson & Sons Ltd., London, 1975. Schauer, Frederick, *Playing by the Rules; A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and Life,* Clarendon Press, 1991. Postema, Gerald, J., «Positivism, I Presume?... Comments on Schauer's 'Rules and the Rule of Law'», Harvard Journal of Law & Public Policy, Vol. 14, N3, 1991, pp.797-822. Bayón, Juan Carlos, «Sobre la racionalidad de dictar y seguir reglas». Doxa, Alicante, 1996, pp. 143-162. Goldman Alan H., «Rules in The Law», *Law and Philosophy,* 16, 1997, pp. 581-602. Russ Shafer-Landau, «Moral Rules», Ethics, 107, 1997, pp. 584-611.

Frente a la objeción señalada en la introducción, el desafío del positivismo consiste en mostrar que las tesis y distinciones que él propone no obstan a la explicación del referido carácter práctico del derecho. En otros términos, dada la admisión unánime de que el sentido de normatividad sobre el que interesa discutir es el vinculado con la capacidad del derecho para determinar la acción constituyendo razones, el positivismo, si acepta los términos de la discusión, debe mostrar que este rasgo puede explicarse sin dificultad dentro de su esquema teórico. Si el positivismo no logra dar cuenta del carácter práctico del derecho con independencia de la moral, debe reconocer que su propuesta de separar estos dos fenómenos normativos le impide captar este aspecto esencial del derecho.

III. Deberes jurídicos y aplicabilidad

Un modo aparentemente plausible de identificar deberes jurídicos es el que se apoya sobre el concepto de aplicabilidad. Conforme a este punto de vista, la verdad de los enunciados de deber jurídico depende, no de las normas que pertenecen al sistema de referencia, sino de aquellas que deben aplicarse. Es posible que una norma pertenezca a un sistema jurídico y, sin embargo, no deba ser aplicada. En este sentido, no impone el deber de actuar conforme a ella. A la inversa, puede suceder que una norma no pertenezca al sistema y, sin embargo, los jueces tengan el deber de aplicarla. En este caso, y en relación a ese sistema, es verdadero el enunciado según el cual el destinatario debe hacer lo que la norma dice[5].

Una reflexión preliminar: Si para analizar el deber impuesto por las normas jurídicas se recurre a la idea de *aplicabilidad,* se debe advertir que dicha expresión es ambigua y que, a su vez, puede ser usada tanto descriptiva como normativamente. La distinción de diversos sentidos de aplicabilidad ha dado lugar a una amplia discusión, a la que no me referiré aquí, pero de la que se puede extraer como conclusión lo siguiente: la afirmación de que una norma es aplicable hace referencia, al menos, a dos cosas distintas:

1. informa que un caso, o un conjunto de casos, cae bajo el alcance de una norma,
2. informa que una norma debe aplicarse a un caso, o a un conjunto de casos.

[5] Conf. Bulygin, «Time and Validity» en Deontic Logic, Computational Linguistics and Legal Information Systems, Vol. II, 65-81, Martino, A. (ed.), North Holland Publishing Company, Dordrecht, 1982. También, Moreso, José Juan y Navarro Pablo, «Applicability and Effectiveness of Legal Norms», Law and Philosophy, 16, 1997, pp. 201-219. Estos autores distinguen entre aplicabilidad interna y externa. Dos sentidos que, en ciertos aspectos, son similares a los que propongo más adelante, pero que se distinguen de ellos en varias notas importantes. No es oportuno detenerme aquí estas semejanzas y diferencias.

Adviértase que el primer sentido de aplicabilidad depende del criterio de individualización de normas que se use, y del contenido concreto que se les atribuya. Este concepto de aplicabilidad es inherente a toda norma, porque una norma siempre regula un conjunto de casos individuales a los que, en este primer sentido, es aplicable. En contraste, es discutible si el segundo sentido de aplicabilidad es o no necesario a toda norma. Por ejemplo, desde un punto de vista Kelseniano, las normas que existen son también aplicables en este segundo sentido. Sin embargo, muchos autores han criticado esta concepción de Kelsen calificándola como pseudo-positivista[6] o positivista ideológica[7]. Más adelante volveré brevemente sobre esta apreciación.

Cabe destacar que la aplicabilidad de una norma, en cualquiera de los dos sentidos, es siempre relativa a un caso[8]. Teniendo esto presente, un juicio positivo de aplicabilidad en el primer sentido equivale a afirmar que el caso cae bajo el alcance de la norma. En cambio, un juicio positivo de aplicabilidad en el segundo sentido, seguramente no equivale, pero aún es discutible que implique que el caso cae bajo el alcance de la norma. Por ejemplo, el deber de aplicar por analogía una norma a un caso no regulado, pero similar al previsto por ella, muestra que una norma podría ser aplicable -en el segundo sentido, i.e. deber aplicarse- en un caso en el que no es aplicable -en el primer sentido, i.e. no incluido dentro de su alcance[9].

Como se puede observar, el primer sentido de aplicabilidad es sumamente importante, sin embargo, en el presente contexto sólo es relevante el concepto de aplicabilidad que da apoyo al juicio de deber de aplicar una norma. En lo que sigue de este trabajo me referiré sólo a este sentido de aplicabilidad.

IV. Normas aplicables en virtud de otra norma
Normas aplicables en virtud de una práctica

Decir que una norma N1 es aplicable, en sentido descriptivo, equivale a informar que otra norma N2 prescribe que N1 debe aplicarse. Si la aplica-

---

[6] Ross, Alf, *El concepto de validez y otros ensayos*, trad. de Genaro Carrió y O. Paschero, Bs.As., Centro Editor, 1969, pg. 25.

[7] Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico,* trad. de Ernesto Garzón, Fontamara, México, 1991.

[8] Cf. Bulygin, Eugenio, op. cit., p. 66. Este autor se refiere sólo a la noción de aplicabilidad entendida como el deber de aplicar una norma.

[9] Estos dos sentidos de aplicabilidad son muy importantes porque en ellos se apoyan dos sentidos correlativos en los que una razón puede ser derrotada. Estos, a su vez, permiten mostrar las diferencias existentes entre una regla y una razón ordinaria. El presente tema está vinculado con los problemas mencionados en la nota 4 y que, por razones de extensión, no trataré en esta oportunidad.

bilidad de una norma N1 depende del deber impuesto por otra norma N2, es preciso que N2 también sea aplicable; de lo contrario ella no impondría ningún deber. Para juzgar si N2 es aplicable debemos consultar si existe otra norma N3 que así lo establezca y que, a su vez, también sea aplicable. Analizado de esta forma, el juicio sobre la aplicabilidad de una norma -al igual que el análisis usual de la validez basada en la legalidad de la creación- supone una cadena que culmina en una norma respecto de la cual ya no existe otra que prescriba su aplicación. En este punto, la aplicabilidad de las normas, o bien supone un regreso al infinito, o bien exige reconocer que las últimas normas, si son aplicables, lo son en un sentido diferente[10].

Dentro de la teoría positivista se han ofrecido diversas respuestas a esta pregunta por el deber de aplicación de las últimas normas del sistema[11]. Por ejemplo, conforme a Herbert Hart y Joseph Raz, el deber de aplicación de una norma N1 generalmente depende de *otra* norma N2 que establece el deber de aplicarla, pero puede también no depender de otra norma. Esto último es lo que sucede con las últimas normas de un sistema, las cuales son aplicables sólo si se constituyen en reglas sociales. Entre los requisitos para la existencia de este tipo de reglas se encuentra la presencia de un grupo de individuos que las respetan y prescriben la aplicación de su contenido. En efecto, una de las condiciones para que una pauta tenga el carácter de regla social es que ella sea generalmente obedecida y aceptada por un grupo de agentes. A su vez, uno de los componentes de esta actitud de aceptación es que quienes la tienen prescriben la aplicación de la norma; es decir, sostienen su aplicabilidad en el sentido normativo del término. Cuando esto sucede en torno a ciertas normas, su aplicabilidad no depende de la existencia de otra norma, sino de la práctica y de la aceptación que las sostiene. Conforme a esta explicación, el hecho de que la mayoría de las normas de un sistema jurídico sea aplicable en virtud de otra norma que así lo prescribe se apoya, necesariamente, en que las últimas normas que prescriben aplicación son aplicables en virtud de una práctica. En otras palabras, según esta perspectiva, lo característico de un sistema jurídico es que sus normas deben ser aplicadas sólo si, en última instancia, reposan en

[10] Al respecto, Eugenio Bulygin reconoce que los últimos criterios de aplicabilidad son en sí mismos aplicables. El problema es identificar en qué consiste esta propiedad que, según Bulygin, es interna a algunas disposiciones del sistema, i.e. a aquellas que contienen los últimos criterios de aplicabilidad.

[11] No consideraré aquí la propuesta kelseniana apoyada en la presuposición de una norma fundante básica. Esta idea ha sido ampliamente discutida y generalmente considerada implausible como explicación positivista del punto de partida de la aplicabilidad de las normas jurídicas.

una regla social[12]. Es importante señalar cuáles son las alternativas a esta explicación de la aplicabilidad:

a) o bien un regreso al infinito;

b) o bien la subordinación de los deberes jurídicos a los deberes impuestos por otro sistema, que prescriben la aplicación del derecho. Por ejemplo la moral;[13]

c) o bien la admisión de que el derecho en ningún caso logra establecer deber, i.e. carece de relevancia práctica entendida en este sentido.

En conclusión cabe destacar que, por una parte, el predicado descriptivo de aplicabilidad, o deber de aplicación de las normas, no siempre y necesariamente refiere a *otra* norma; por otra parte, que para predicar aplicabilidad, o deber de aplicación, en sentido informativo es preciso que esta expresión sea previamente empleada en sentido normativo. No podemos afirmar que existe un deber, i.e. que una norma es aplicable, si antes alguien no lo prescribe. Esto significa que el sentido normativo de aplicabilidad es primario respecto al sentido informativo.

V. La especificidad del derecho como determinante de la acción

Como es sabido, el positivismo pone el acento en la necesidad de deslindar aquello que el derecho es de aquello que es moralmente correcto, o que es racional hacer, consideradas todas las cosas. Ahora bien, desde algunas perspectivas, esta propuesta de separación se asocia con otra, cuyo carácter necesario para la posición positivista es discutible. Se trata de la separación entre el derecho positivo existente y su fuerza obligatoria. Al respecto, es interesante hacer algunas reflexiones, ya que pueden señalarse argumentos que contradicen esta última distinción y, sin embargo, no ponen en cuestión la primera, i.e. la separación entre lo que el derecho es y lo que es racional, o moralmente correcto hacer.

---

[12] Conforme a Eugenio Bulygin, el hecho de que los últimos criterios de aplicabilidad del sistema sean aplicables, sin hacer referencia a otra norma, no significa que constituyan una regla social. De acuerdo a lo que estoy sosteniendo aquí, decir que una norma es aplicable, sin que esa aplicabilidad haga referencia a otra norma, presupone que ella es una regla social. Cualquier alternativa a esta explicación está vedada a una posición positivista. Por supuesto, cabe subrayar junto con Eugenio Bulygin que la aplicabilidad de los últimos criterios -en mi reconstrucción: su carácter de regla social- no es una condición necesaria para que el sistema jurídico pueda identificarse como tal, sino para que deba aplicarse, i.e. para que tenga relevancia práctica.

[13] Ésta es la posición más generalizada. Conforme a ella, las normas jurídicas son independientes de las normas morales, pero los deberes jurídicos no son independientes de los deberes morales. Es decir, los deberes que pretenden crear las normas jurídicas dependen absolutamente de la conformidad de éstas con la moral. Los aparentes «deberes» jurídicos son deberes entrecomillados ya que sólo la moral puede generar genuinos deberes de acción.

La separación entre el derecho positivo existente y su fuerza obligatoria usualmente se refleja, entre otras cosas, en la recomendación de no confundir conceptos descriptivos y normativos de existencia y/o validez jurídica. Esto sucede, por ejemplo, cuando se pone énfasis en que una noción descriptiva de validez, como puede ser la basada en la legalidad de la creación de las normas, es siempre independiente de cualquier noción normativa de validez, como lo son la obligatoriedad -deber de seguir las normas por parte de los sujetos normativos- o la aplicabilidad -deber de aplicarlas por parte de los jueces. Asimismo, siempre desde esta perspectiva, se considera un error lógico pasar de un tipo de predicado a otro. Es decir, pasar de la constatación de una propiedad empírica, como es el hecho de que ciertas normas hayan sido legalmente creadas, a la conclusión de que se debe hacer lo que ellas dicen; donde la noción de deber se usa sin aditamentos ni cualificaciones. Lo contrario, se afirma, significaría cometer la falacia naturalista[14].

Tal como lo han señalado sus críticos, la posición que hace estas distinciones se encuentra con cierta dificultad al momento de explicar la relevancia práctica del derecho, porque según ella la identificación del derecho que es no nos dice nada acerca de lo que *debemos* hacer. El positivismo, en tanto teoría jurídica, da herramientas sólo para identificar el derecho que es; pero nada nos dice acerca de su fuerza obligatoria, i.e. acerca de si existe un deber. Si un positivista extrajese alguna conclusión respecto a lo que se debe hacer sería acusado de violar la premisa definitoria del positivismo: la distinción ser-deber ser, y de caer en lo que se ha denominado positivismo ideológico o pseudo positivismo[15].

Ahora bien, la reflexión que quiero presentar consiste en señalar que esta separación entre ser y deber ser sin cualificaciones -y las distinciones conceptuales con las que ella se compromete- no se sigue de, ni está asociada necesariamente a la distinción entre lo que el derecho es y aquello que es racional, o moralmente correcto hacer. Al menos, no se sigue antes de agregar una premisa adicional que el positivismo en modo alguno está requerido a aceptar. Me refiero a la formulación usual del denominado principio de unidad del razonamiento práctico. Este principio, en la interpretación que lo hace relevante en este contexto, sostiene que hay un único concepto de deber, y que aquello que alguien debe hacer no es algo que admita cualificaciones, i.e. algún tipo de relativización. Existe un conjunto de principios prácticos que constituyen deberes «genuinos». Dichos principios, que son los de mayor jerarquía en el razonamiento práctico, son prin-

[14] La idea de falacia naturalista se toma de G. E. Moore, *Principia Ética*, Oxford University Press, Oxford, 1975, p. 10.

[15] Ésta es la crítica que, como mencioné antes, se le formula a Kelsen.

cipios morales que dan homogeneidad y prevalecen sobre los restantes discursos prácticos. Estos últimos lograrán establecer «genuinos» deberes sólo si están de acuerdo con los primeros, o si regulan ámbitos indiferentes desde la perspectiva de aquéllos[16].

Ciertamente, si se asume esta premisa, por coherencia, debe también asumirse que no se puede pasar de lo que el derecho es a conclusiones de deber. Sin embargo, el positivismo no tiene por qué adoptar como premisa el principio de unidad del razonamiento práctico, así entendido. Por el contrario, una opción disponible es afirmar que el derecho constituye genuinos deberes jurídicos; es decir, aquello que el derecho es significa la existencia de un auténtico *deber,* i.e. la existencia de razones justificatorias. Estos deberes tienen la peculiaridad de que se identifican, siempre, por su relación con ciertas fuentes sociales; aunque ello no implica que las normas que los imponen sean reducibles a dichas fuentes sociales[17]. Asimismo, estos deberes no constituyen ninguna razón justificativa de carácter moral, ni menos aún un balance general acerca de lo que es racional hacer. Del deber jurídico de actuar no se puede extraer ninguna conclusión acerca del deber moral o racional de actuar, no porque el deber jurídico sea un deber subordinado o debilitado respecto al deber moral, sino porque es un deber de otro tipo, independiente de cualquier deber moral o de racionalidad. A su vez, esto no significa que el deber jurídico carezca necesariamente de valor moral, o sea irracional. Lo único que significa es que estos rasgos, i.e. la conformidad con un deber moral o racional de actuar, no forman parte de su significado y son cualidades contingentes, que puede o no tener.

---

[16] Cf. Nino, Carlos S., *La validez del derecho,* Astrea, Bs.As. 1985, pp. 125-137. También, «Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico», Ragion Pratica, Milano, 1993, pp. 32-37.

[17] Creo que esta aclaración es imprescindible porque en algunos contextos se critica al positivismo sobre la base de un error. La tesis de las fuentes sociales del derecho en general, de las normas y/o los deberes jurídicos, en particular, no convierte al derecho, a las normas o a los deberes, en hechos. Estos últimos, dentro de una teoría positivista (no realista) son entidades abstractas que la teoría está dispuesta a admitir que existen o son válidas dentro de un específico sistema jurídico, sólo si se dan ciertas condiciones. Entre las condiciones que una teoría positivista defiende está la producción de ciertos hechos sociales. Respecto a la crítica del positivismo basada en este argumento véase Nino, Carlos S., *La validez del derecho,* Astrea, Bs.As., 1985, pp. 134-5. Asimismo, *Derecho, moral y política, Una revisión de la teoría general del derecho,* Ariel, Barcelona, 1994, pp. 23-4. También, *Introducción al Análisis del derecho,* Astrea, Bs.As. 1984, pp.78-81. Véase también, Peczenik, Aleksander y Urbina, Sebastian, 'Why Officials? On Legal Positivism Old and New', *Rechtstheorie* 27, 1995, p. 152. Un argumento más desarrollado en relación a este tema puede encontrarse en Redondo, M. Cristina, *La noción de razón para la acción en el análisis jurídico,* Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1996, pp. 163-69.

Adviértase que ésta no es una tesis que ponga en cuestión el denominado principio de Hume, o que cometa algún tipo de falacia[18]. Por el contrario, puede decirse que a partir del rechazo de la existencia de un concepto único de deber, y de la asunción de una definición precisa de lo que es un deber jurídico, saca todas las consecuencias de la idea de Hume, subrayando la necesidad de no confundir propiedades diversas. A partir de un deber jurídico, cuya definición es independiente del deber moral y del balance global de razones, no se puede obtener ninguna conclusión respecto a lo que se debe hacer desde una perspectiva moral, o racional. Esta posición no sostiene que de ciertos hechos sociales se siga lógicamente un deber jurídico. Sí defiende una tesis conceptual y ontológica según la cual:

1. en un caso individual, existe un genuino deber jurídico de actuar cuando a dicho caso es aplicable una norma jurídica que así lo impone, y

2. entre las condiciones de aplicabilidad de una norma jurídica no se encuentra la exigencia de ser, ni una razón moral, ni la expresión del balance global de razones.

VI. El principio de unidad y el respeto a todos los puntos de vista

Lo dicho anteriormente supone el reconocimiento de la ambigüedad de la expresión «deber». En el ámbito jurídico, la noción de deber significa algo diferente que en el ámbito de la moral, o de la racionalidad. Ahora bien, teniendo presente el concepto de deber internamente vinculado con el de razón para la acción, cabe advertir que pueden existir diversos *tipos* de deber. Algo puede ser debido desde un punto de vista moral, desde un punto de vista religioso, o desde un punto de vista jurídico, etc. Esta relativización de los deberes o razones no supone negar la unidad del razonamiento práctico. Todo individuo puede, y si es racional debe, realizar un cotejo todas las razones -de todos los tipos-, aplicables a un caso individual y, a partir de di-

[18] Al respecto, es útil la distinción que hace Frankena entre tres problemas diferentes: 1. el paso de premisas que no contienen términos normativos a una conclusión normativa, 2. la definibilidad de las propiedades normativas en términos de otras propiedades, y 3. la especificidad de las propiedades normativas en tanto un *tipo* diferente de las propiedades no normativas. Entre estos problemas, el único que involucraría la comisión de un error lógico es 1, y es esto lo que intentaba denunciar Hume. Lo que Moore critica como comisión de una falacia es el propio intento de **definir** los términos normativos, especialmente, si se los define en términos no normativos. Pero, tal como muestra Frankena esto no constituye una falacia si no se muestra antes, y por medios independientes, que dichos términos normativos son en efecto indefinibles en general, o indefinibles en términos no normativos en particular. Antes de haber demostrado por qué estos términos normativos tienen estas características no se puede imputar la comisión de una falacia a quien brinda una definición, sea o no ésta reduccionista. Cf. Frankena, W.K. «The Naturalistic Fallacy», en *Theory of Ethics* (ed. por Philippa Foot), Oxford University Press, Oxford, 1967, pp. 50-63.

cha evaluación, extraer un deber concluyente de actuar. Justamente, ello significa decidir racionalmente. Las pautas de racionalidad no constituyen un ámbito práctico más, que impone un nuevo conjunto de deberes o razones para la acción, a la par de los deberes jurídicos, morales, religiosos, etc. Las pautas de racionalidad son metacriterios que permiten la evaluación global de los requerimientos impuestos desde los distintos ámbitos prácticos. Actuar o decidir racionalmente es actuar o decidir evaluando todas las razones para actuar existentes en un momento dado[19].

Cabe subrayar que la relativización señalada tampoco cae en el error del positivismo ideológico. No supone ni un paso lógico incorrecto de un tipo de discurso a otro, ni el otorgamiento de un peso prioritario al derecho en relación a los restantes discursos prácticos. Quien obtiene conclusiones normativas de deber, a partir del derecho, no es un positivista ideológico; dado que el derecho es normativo y permite obtener tales conclusiones. Positivista ideológico es quien sostiene que los deberes jurídicos implican el deber moral o racional de actuar, cometiendo una falacia definista; o bien quien defiende que las razones o deberes jurídicos prevalecen sobre otras razones o deberes, autónomas o heterónomas, que se aplican a un agente. En este último caso, un positivista ideológico es quien asume la idea de unidad del razonamiento práctico y otorga al derecho el papel del único generador de deberes «genuinos», que prevalecen sobre todos los demás.

Esta reflexión sirve para llamar la atención sobre un problema de presentación, que si no se advierte puede generar un pseudo problema teórico dentro de la concepción positivista. De acuerdo a como estoy caracterizando a esta posición, ella presupone la posibilidad de separar: 1. la identificación del derecho (perteneciente y/o aplicable), 2. la identificación de los deberes morales, y 3. la evaluación racional acerca de lo que se debe hacer en un caso particular. Muchas veces, el problema de identificación del derecho se equipara a una pregunta acerca de aquello que el derecho es, y el problema de la identificación de los deberes morales se equipara con la pregunta

[19] Conforme a esta posición, la moral, el derecho, la religión, etc. son distintos sistemas normativos de conducta que imponen, desde su punto de vista, deberes de diverso tipo, a tener en cuenta en la evaluación global. Cada uno de estos sistemas tendrá sus propios criterios de resolución de conflictos internos, pero estos criterios no tienen por qué imponerse a la hora de resolver los conflictos que puedan plantearse entre razones de diverso tipo. Por supuesto, esto contradice explícitamente la idea de «imperialismo» de la moral o la de cualquier otro sistema normativo. Por otra parte, los criterios de racionalidad jerarquizan y resuelven posibles conflictos entre distintos *tipos* de razones aplicables a un caso, i.e. nos permiten obtener una respuesta, consideradas todas las cosas y todos los puntos de vista. En otras palabras, los principios de racionalidad son meta-normas que jerarquizan, no sistemas normativos (como lo son la moral, la religión o el derecho), sino deberes o razones existentes de acuerdo con distintos sistemas normativos.

acerca del *deber,* sin cualificaciones. Esta equiparación es engañosa porque sugiere que los deberes son siempre de un sólo tipo: moral. Sin embargo, si se admite que el discurso del deber -y el de las razones- requiere siempre una cualificación -e.g. un deber es, o bien religioso, o bien político, o bien jurídico, etc.- puede admitirse que la pregunta por la identificación del derecho, en una visión positivista, conduzca a respuestas genuinamente normativas de deber y que, a pesar de ello, no responden -ni pretenden responder- la pregunta acerca de qué debemos hacer desde un punto de vista moral y/o racional. Esta última posición invita a distinguir varios problemas:

En primer lugar, se admite que existen distintos tipos de deber -y de razones para la acción- en virtud del diferente fundamento o raíz de su carácter práctico. Estos diversos fundamentos dan lugar a distintos ámbitos o puntos de vista prácticos. Por ejemplo, existen deberes jurídicos, que generan razones para la acción apoyándose en la coacción y en la aceptación prioritariamente institucional; y a la par, existen deberes morales, que generan razones para la acción y determinan el comportamiento en virtud de la corrección de su contenido. Esto supone que, dentro de lo que el derecho es, corresponde discernir lo que es derecho válido o existente -porque satisface, por ejemplo, el test de la legalidad de su creación- de lo que se debe hacer desde un punto de vista jurídico o, lo que es lo mismo, de lo que es derecho válido en el sentido de jurídicamente vinculante. Sólo estos últimos tienen carácter práctico específico[20].

En segundo lugar, la pregunta acerca de cuál es el curso racional de acción, es decir, aquello que se debe hacer una vez consideradas todas las cosas, y todos los puntos de vista, exige criterios de resolución de los posibles conflictos entre deberes establecidos en los diversos ámbitos. Si se ha de reconocer auténtico carácter práctico a los diversos ámbitos, estos criterios últimos de jerarquización deben necesariamente satisfacer la condición de ser neutrales respecto de todos ellos, en un doble sentido:

1. Por una parte, no deben ellos mismos pertenecer a ninguno de los ámbitos prácticos que están en conflicto, y entre los cuales pretenden mediar. Esto es lo que no respetan quienes afirman que estos criterios, por el hecho de ser últimos, son morales.

[20] Obviamente, no hay ningún motivo para no llamarles «deberes» o «normas» también a los primeros, i.e. al derecho válido o existente. En este caso, hay que subrayar la ambigüedad de «norma» y «deber». Donde en un caso se hace referencia al concepto hilético de norma y al deber en sentido externalista, y en otro se hace referencia a la normatividad en el sentido de carácter práctico y al deber en sentido internalista, que implica una razón para la acción. En este contexto le estoy llamando «deber» sólo a aquello que está dotado de carácter práctico, y reservo la calificación de derecho existente o válido para las normas que pertenecen a un sistema, sin considerar si generan o no razones para la acción.

2. Por otra parte, deben jerarquizar razones o deberes, y no sistemas normativos. Es decir, no deben dar prioridad necesaria a ninguno de los ámbitos prácticos. Esto es lo que no respetan quienes sostienen que la moral prevalece ante cualquier otro discurso práctico[21].

Los criterios de resolución de conflictos pueden denominarse «de racionalidad» en la medida en que permiten obtener una conclusión de deber consideradas todas las cosas, y respetando auténticamente los distintos *tipos* de razones existentes. Es importante subrayar que lo que normalmente se presenta como una posición que fragmenta el razonamiento en diversos ámbitos y tipos de razones, bajo esta descripción se muestra como una posición enteramente compatible con la unidad del razonamiento, sólo que, a diferencia de como es generalmente entendida, esta idea de unidad respeta todos los puntos de vista sin dar prioridad necesaria o absoluta a ninguno.

VII. Consideraciones finales

A modo de conclusión, puede decirse que hay dos formas de presentar la posición positivista respecto al carácter práctico de las normas jurídicas, i.e. respecto de su posible calidad de razones para la acción. Estas formas dependen de si se presupone o no un único concepto de deber, y de si se presupone o no que los deberes que implican razones son de un sólo tipo. En otros términos, depende de si se presupone un principio de unidad del razonamiento práctico que por estipulación conceptual da prioridad a la moral, o si, por el contrario, no se estipula por anticipado a qué ámbito práctico corresponde la prioridad en cada caso.

Ahora bien, quienes aceptan la presentación usual del principio de unidad del razonamiento práctico entienden que el deber de actuar -sin cualificaciones- depende de la corrección moral, es decir de la consideración de todas las razones aplicables a un caso, desde un punto de vista moral. El principio de unidad, así entendido, es la premisa que coherentemente conduce a la conclusión según la cual el deber de hacer lo que las normas jurídicas prescriben, i.e. su capacidad para determinar la acción, depende necesariamente de la moral. Las normas jurídicas no tienen en sí mismas capacidad para determinar conductas, i.e. fuerza vinculante o normatividad propias.

En contraste, si se acepta que el discurso del deber es ambiguo, y que además hay diversos ámbitos prácticos que pueden, por sí mismos, ser relevantes en un balance unitario y global, se presupone que estos ámbitos prácticos pueden generar distintos tipos de auténticos deberes o razones que participan en el balance. Ninguna de estas razones es, por sí misma, abso-

[21] Por ejemplo, Garzón Valdés, Ernesto, «Algo más sobre la relación entre derecho y moral», *Doxa*, N8, Alicante, 1990. pp. 119-130.

luta o concluyente. Qué razón prevalezca en una ocasión individual, dependerá de un cálculo racional que evalúe todos los tipos de razones conforme a criterios que satisfagan la condición de neutralidad antes señalada. Así, el deber jurídico, i.e. la fuerza vinculante de las normas jurídicas, se convierte en un rasgo específicamente jurídico que puede hacerse depender de la satisfacción de criterios de aplicabilidad independientes de los dictados de la moral. Una norma que satisface los criterios jurídicos de aplicabilidad, por ello mismo, impone un deber jurídico de actuar: tiene fuerza obligatoria desde un punto de vista jurídico y es relevante en un balance global de razones. Cabe insistir en que la relevancia de este deber no es de carácter moral. La relevancia de un deber jurídico en tanto tal, i.e. su capacidad de incidir en el momento de responder a la pregunta sobre ¿qué se debe hacer? se basa en que él se encuentra establecido por normas que satisfacen criterios efectivamente apoyados por la presión social.

Cuando desde una perspectiva filosófica se parte de premisas que admiten un principio de unidad del razonamiento práctico y, al mismo tiempo, reconocen que todo sistema jurídico es, por sí mismo, una institución con relevancia práctica; por coherencia, se debe admitir que los requerimientos jurídicos entran, por derecho proprio, en la deliberación acerca de cómo se debe actuar, y se debe garantizar que el principio de unidad del razonamiento respete esta condición. De otro modo, si el principio de unidad consagra la prioridad de la moral, entra en contradicción con la premisa de la que se parte: el derecho no es, por sí mismo, una institución con relevancia práctica. Esto equivale a advertir que la afirmación del principio de unidad que consagra la prioridad de la moral no es compatible con la afirmación de la relevancia práctica del derecho. Quien sostiene el principio de unidad bajo los dictados de la moral, debe ser coherente y admitir la irrelevancia práctica del derecho. Quien quiera admitir la relevancia práctica del derecho, debe ser coherente e impugnar el principio de unidad bajo los dictados de la moral.

Conforme a lo expuesto, el positivismo puede responder al reproche sobre la falta de explicación del carácter práctico del derecho sin tener que recurrir a la moral. Sin embargo, para hacerlo debe admitir la ambigüedad de la noción de deber, la existencia de diversos tipos de razones y un principio de unidad del razonamiento que sea neutral respecto a los distintos sistemas generadores de razones. El hecho de que no se acepten estas premisas explica por qué algunas teorías son claramente positivistas en relación a la identificación del derecho, pero no pueden ofrecer una explicación positivista de su carácter práctico, entendido en términos de razones para la acción[22].

[22] En esto es claro el ejemplo de Joseph Raz, quien se considera positivista pero, explícitamente, admite que el carácter de razón del derecho sólo puede explicarse por relación a pau-

Es útil destacar, esquemáticamente, las diferencias que resultan según si se acepta o no la concepción usual del principio de unidad del razonamiento práctico.

Si se rechaza la concepción usual y se acepta un principio de unidad que respete la existencia de distintos tipos de deber, se sigue:

1. Una separación estricta entre el deber jurídico, el deber moral y el deber racional de actuar.

2. Pueden existir genuinos deberes jurídicos de aplicar y obedecer el derecho, independientemente de los dictados de la moral.

3. El carácter práctico del derecho es una nota específicamente jurídica dependiente del apoyo directo o indirecto en la coacción y aceptación.

4. En la medida en que la coacción y la aceptación formen parte del concepto de derecho puede afirmarse que los sistemas jurídicos tienen relevancia práctica, i.e. que generan deberes y constituyen razones capaces de determinar la acción.

Por el contrario, siguiendo la concepción usual que somete todos los discursos prácticos a los dictados de la moral, se sigue:

1. Una separación estricta entre ser y deber -que tiene un único significado moral, y es el único generador de razones.

2. No existen genuinos deberes jurídicos de actuar, independientemente de los dictados de la moral.

3. El carácter práctico del derecho es una cualidad moral, dependiente de la corrección de su contenido.

4. En la medida en que la corrección moral del contenido no forme parte del concepto de derecho no puede afirmarse que los sistemas jurídicos tienen relevancia práctica, i.e. generan deberes que constituyen razones capaces de determinar la acción.

Los argumentos presentados muestran que las teorías positivistas que atribuyen carácter práctico al derecho sin aceptar las premisas mencionadas, relativas al concepto de deber y al principio de unidad del razonamiento:

a) o bien lo hacen sólo en sentido metafórico, sin asumir seriamente lo que esta idea presupone.

b) o bien caen en contradicción con sus propias tesis positivistas, admitiendo que el derecho genera siempre una razón moral para hacer lo que él requiere -que es la posición del positivismo ideológico-;

---

tas morales. La solución que encuentra este autor es sostener que la separación entre derecho y moral no es una tesis necesaria del positivismo. Sin embargo, autores positivistas como Eugenio Bulygin, Frederick Schauer, José Juan Moreso, Pablo Navarro, Walluchow, etc., que mantienen la tesis de la separación, deberían admitir que no pueden explicar dentro de sus esquemas positivistas el carácter práctico del derecho, entendido como razón para la acción.

c) o bien dejan de ser positivistas al explicar este carácter práctico. Si el derecho genera una razón para la acción, lo hace gracias a su apoyo en la moral. En cualquiera de estos casos, la posición positivista muestra merecer enteramente la crítica presentada en un comienzo: es incapaz, con sus propias categorías, de dar cuenta del carácter práctico del derecho.

HART: ALGUNOS PUNTOS CRÍTICOS

Gregorio Robles
Universidad de las Islas Baleares (España)

1. El problema epistemológico

Hart es un autor con escaso sentido epistemológico. En vano se buscaría en su obra una respuesta, y ni siquiera una pregunta, sobre lo que sea la ciencia jurídica o la teoría general del derecho, o sobre cuáles son los límites que existen entre ellas y la filosofía del derecho. La obra de Hart se caracteriza, a este respecto, por presentar un sorprendente mutismo. En su *The Concept of Law* lo más que encontramos es una lacónica afirmación en el Prólogo, según la cual el jurista mirará el libro como un «ensayo de jurisprudencia analítica, habida cuenta de que se centra en la clarificación del marco general del pensamiento jurídico, más que de crítica al derecho o política jurídica». Y en el párrafo siguiente, volviendo sobre el carácter que hay que adscribir al libro, nos dice: «dejando de lado el que el libro esté centrado en el análisis, el libro puede ser considerado también como un ensayo de sociología descriptiva».

«El Concepto de Derecho» es, pues, según las propias palabras de su autor, una obra de jurisprudencia analítica y de sociología descriptiva al mismo tiempo. No es que se proponga primero una cosa y después la otra, sino que posee, y las posee conscientemente, las dos dimensiones. Lo que en Kelsen constituía uno de los objetivos máximos de preocupación epistemológica (el evitar el sincretismo metódico, y especialmente separar la ciencia jurídica de la sociología del derecho), en Hart pasa a ser objetivo a alcanzar. Está en su derecho el proponérselo así, puesto que todo autor determina el marco de su investigación. Pero ello a condición de que razone por qué adopta tal decisión metodológica. Hart nos indica cuál es el carácter de su obra, pero no da ni un solo argumento que justifique su declaración. Esta carencia de sentido epistemológico es injustificable en cualquier teórico que intente seriamente la construcción fundamentada de una teoría. Por este motivo, podemos afirmar que ya desde el prólogo de su obra, ésta carece de

uno de los elementos fundamentales de toda construcción teórica del derecho: la justificación del punto de vista adoptado. Sin tal justificación explícita el teórico del derecho condena de antemano su obra a un futuro estéril, por muy sugerentes que sean sus propuestas. Se habrá quedado a mitad de camino, e incluso podría decirse que ni siquiera lo ha empezado de verdad.

La verdad de las palabras de Hart de que su obra constituye tanto un ensayo de jurisprudencia analítica (o teoría general del derecho) como de sociología descriptiva, se ven confirmadas a lo largo de las páginas de su obra, en las cuales se alterna sin orden el tratamiento característico de la teoría general (análisis eminentemente formal de la estructura de las reglas jurídicas y de los conceptos jurídicos) con el propio de las observaciones sociológicas (referencias continuas a la realidad social). Pero la mixtificación no acaba aquí. En efecto, a Hart se le ha olvidado decir en el Prólogo que el libro también puede ser considerado como un ensayo de derecho natural, aunque sea de derecho natural «mínimo», pues junto al estudio característico de la teoría general del derecho y de la sociología descriptiva, encontramos también la declaración (y el correspondiente desarrollo) de que es preciso reconocer un derecho natural mínimo, es decir un conjunto de valores jurídicos mínimos que necesariamente aparecen como implicados en la mera existencia del derecho como orden de la convivencia social. Habría, por tanto, que reformular su autopercepción y decir que «El Concepto de Derecho» es un libro tanto de jurisprudencia analítica (o teoría general del derecho), como de sociología descriptiva, así como, también de derecho natural mínimo. De esta manera, consuma Hart lo que podemos llamar la mixtificación tridimensionalista, ya que en su obra aparecen los tres elementos mezclados en una especie de concepción «cóctel» del derecho: la norma o regla (que será el objeto básico de la jurisprudencia analítica), el hecho social (centro de interés de la sociología descriptiva) y el valor mínimo que todo derecho encarna por el mero hecho de existir como sistema de reglas regulador de la conducta humana (expresión de lo que el propio Hart llama derecho natural mínimo, situándose en ello como fiel discípulo de Hobbes). La carencia de conciencia epistemológica le ha llevado a Hart a esta mixtificación extrema, cuyo resultado último es la confusión conceptual, la mezcla disciplinar y, en definitiva, la pérdida del valor científico del conocimiento jurídico.

Ahora bien, a pesar de que Hart incorpore en su teoría los tres elementos señalados en una mezcla algo confusa, podemos situar su obra, como es usual, en la línea de la jurisprudencia analítica inglesa y, por tanto, considerarla como una expresión de lo que en el continente se ha denominado teoría general del derecho. Primero, porque se muestra a sí mismo como un representante del positivismo jurídico. Pero, además, porque su pensamien-

to hay que entenderlo en conexión con los representantes clásicos de la teoría analítica: Hobbes, Bentham y Austin, por una parte, y Kelsen por otra. Su centro de interés lo constituye el derecho positivo y su objetivo consiste, como él mismo señala, en clarificar «la estructura general del pensamiento jurídico», o más certeramente, la estructura del derecho en general. Cuando habla de derecho natural mínimo lo vincula al concepto mismo de derecho positivo, resaltando que no se trata de un conjunto de principios de carácter apriorístico a partir de los cuales se obtendrían por deducción los preceptos de derecho natural, sino más bien de las ideas de valor (especialmente seguridad y adopción de reglas generales) que se encuentran ínsitas en la misma existencia del derecho. El elemento sociológico juega también su papel, aunque no relevante, de tal manera que no parece muy adecuado calificar su obra como un ensayo de sociología jurídica. El hecho de que Hart así la califique constituye más una exageración de un autor que ve con muy buenos ojos su propia obra, que un juicio desapasionado de lo que ésta representa. Que en su obra «El Concepto de derecho» aparezcan elementos de carácter sociológico es una buena prueba de su mixtificación metódica. También aparecen esos elementos en las obras de Kelsen y de Ross y, sin embargo, a estos autores no se les ocurre decir que aquellas puedan ser consideradas como ensayos de «sociología descriptiva». Hart es heredero de la tradición de la analytical jurisprudence, que se basa en la separación entre el derecho que es y el derecho que debe ser, y en la contraposición, paralela a la anterior, entre jurisprudencia descriptiva o expositiva y jurisprudencia crítica o censoria. Tal es la terminología empleada por Bentham, quien con el término expository jurisprudence se refiere a la jurisprudencia o ciencia del derecho que se limita a exponer o describir su objeto, que es el derecho positivo o puesto por los seres humanos, y con el de censorial jurisprudence alude a la crítica del derecho, a la investigación del derecho que debe ser, o en otras palabras, al arte de la legislación (art of legislation)[1]. Esta contraposición es introducida asimismo por Austin, aunque con distinta terminología. Austin distingue entre General jurisprudence (a la cual denomina también Philosophy of positive law) y ethics (que corresponde a lo que Bentham denomina deontology), indicando con el primer término la ciencia del derecho que tiene por objeto el estudio del derecho positivo, y con el segundo la crítica del derecho a partir de unos determinados valores que se dan por buenos, y cuyo lugar adecuado en relación con el derecho es

[1] J. Bentham, *The Principle of Morals and Legislation,* Prometheus Books, Buffalo, New York 1988, p. 324.

lo que Austin denomina ciencia de la legislación (science of legislation)[2]. Esa misma distinción es acogida por Hart en las frases del Prólogo que comentamos, y según las cuales, como hemos visto, hay que considerar su obra como un ensayo de jurisprudencia analítica, y no de «crítica del derecho o política jurídica», que sería la equivalente a la jurisprudencia censoria y a la ciencia de la legislación, como expresión de la ética o deontología.

Es el mismo Hart el que adopta como punto de partida y de referencia constante la obra de John Austin, al que estereotipa en lo que él llama el «modelo simple» de la teoría general del derecho, para, a partir de su crítica (centrada sobre todo en la crítica al imperativismo y al modelo simple de las reglas), construir su propia teoría. Pero sería miope creer que la intelección del pensamiento hartiano haya de hacerse tan sólo desde la perspectiva de su conexión con el pensamiento jurídico inglés, y más en concreto con Austin. La teoría analítica del derecho no es exclusiva del positivismo jurídico inglés; antes bien, tiene también un profundo desarrollo en el continente europeo. No en vano Austin bebió en las fuentes de la filosofía Jurídica alemana del positivismo, inspirándose muy fuertemente en ellas para la elaboración de su capital obra Lectures on Jurisprudence[3]. A través de la obra de Austin penetra en Inglaterra el análisis conceptual de los representantes de la escuela histórica alemana (Savigny, Hugo) y de sus herederos los conceptualistas, que ven culminado sus esfuerzos en la creación de la allgemeine Rechtslehre. En el siglo XX, autores como Bierling, Somlò y Kelsen representan importantes cimas del pensamiento analítico en el campo del derecho. Es este último quien, por las especiales vicisitudes de su vida y por sintetizar mejor que nadie el esquema fundamental de la teoría general del derecho- llegaría a ser conocido en los países de habla inglesa. En este sentido, la aparición de la obra de Kelsen General Theory of Law and State, en el año 1945, constituye un hito decisivo. Las dos raíces fundamentales a partir de las cuales hay que entender e interpretar la obra hartiana son, pues, el pensamiento austiniano y el kelseniano, si bien de éste último no en su extensa evolución sino en referencia a la obra publicada en inglés, especialmente la mencionada.

Cuestión distinta es la del trasfondo de filosofía general del pensamiento de Hart. En el Prólogo de su obra principal cita a J. I. Austin, el filósofo del lenguaje, autor de How to do things with words (Cómo hacer cosas con

[2] J. Austin, *Lectures on Jurisprudence or The Philosophy of Positive Law,* 5.ed. revisada y ed. Por Robert Campbell, London 1885 (reimpr. Verlag D. Auvermann KG/ Glashütten im Taunus, Darmstadt 1972), p. 32.

[3] Cfr. Ardunio Agnelli, *John Austin alle origini del positivismo giuridico,* Giappichelli, Torino 1959.

palabras)[4]. Austin sigue la concepción de la filosofía del lenguaje característica del llamado segundo Wittgenstein, quien centra el hacer filosófico en el análisis del lenguaje ordinario (a diferencia del primer Wittgenstein, cuyo centro de interés radicaba en el análisis del lenguaje científico o formalizado). Más en concreto, la preocupación de Austin, siguiendo a Wittgenstein, es el estudio de los usos del lenguaje; de ahí el título de su conocida obra: al emitir palabras no sólo decimos cosas, sino que también «hacemos cosas» (por ejemplo, insultamos, alabamos, censuramos, describimos, etc.). Sería quizá más apropiado decir que al emitir palabras realizamos acciones, con lo cual la teoría del lenguaje estaría íntimamente conectada con la teoría de la acción.

Pues bien, a lo que vamos es a que se suele ver en esta filosofía del lenguaje ordinario el soporte filosófico de la concepción jurídica de Hart. Éste habría tratado de elaborar su concepción aplicando al estudio del derecho los modos de operar de la filosofía analítica del segundo Wittgenstein y de Austin. Incluso algún autor ha llegado a decir que Hart no manifiesta suficientemente de manera expresa el influjo recibido por Wittgenstein, influjo que habría ocultado celosamente[5]. Síntomas de esta actitud de seguimiento de la filosofía del lenguaje ordinario serían la actitud crítica de Hart hacia el modo tradicional de definir (basado en la diferenciación entre género próximo y diferencia especifica), su tesis de la porosidad de los conceptos jurídicos (que sería una consecuencia de la porosidad del propio lenguaje) y su escapismo a la hora de enfrentarse ante el concepto del derecho. Por nuestra parte, creemos que no hay que exagerar el influjo de la filosofía del lenguaje en la obra de Hart. Mucho menos el que fuera un profundo conocedor de Wittgenstein. Por el contrario, nos parece que sus principales tesis son el producto de la continuación y la crítica del pensamiento jurídico positivista, sobre todo de Bentham, Austin y Kelsen. Así, por ejemplo, cuando critica la concepción tradicional del modo de definir (genus proximum, differentia specifica) dice seguir en ello los pasos de Bentham, quien ya advertía de la necesidad de entender las palabras no aisladamente consideradas, sino en el contexto de las diferentes frases en que son usadas. No hay que atender, por ejemplo, a la palabra right, desvinculada de su contexto, sino a la frase you have a right; no tiene sentido definir la palabra state, desligada de todo contexto, sino que habrá que entender su significado en la

[4] Hay que llamar la atención sobre el hecho de la coincidencia de nombres entre el Austin jurista, del siglo pasado, y el Austin filósofo. Éste último nació en 1911 y murió en 1960. Fue profesor de filosofía moral en Oxford. La obra citada en el texto aparecería póstumamente en 1962.

[5] Tal es el parecer de Eckmann, *Rechpositivismus und sprachanalystiche Philosophie,* Berlin 1969.

frase «he is a member or an official of the state». Estos son ejemplos de Bentham que Hart hace suyos para seguir su doctrina[6]. En lugar de definir los conceptos, Hart propone el método de «elucidar» (method of elucidation)[7], lo que viene a significar: explicar o aclarar el concepto de que se trate, para lo cual nada mejor que entender el concepto en el contexto de la frase donde aparece. Tal, dice el propio Hart, es el método que Bentham practicó. Partiendo de estas ideas es fácil comprender lo que Hart quiere decir con «porosidad» de los conceptos: los contornos de éstos no estarían claramente delimitados de una vez por todas sino que estarían dotados de la ambigüedad permanente que ostenta en lenguaje ordinario, que además está sometido a un cambio continuo.

Estas ideas subyacen a toda la obra de Hart y especialmente a su The Concept of Law, en la que, a pesar del título, en vano se buscará un «concepto» del derecho entendido al modo de lo que Hart llamara tradicional. La clave la encontramos en el último capítulo (dedicado al derecho internacional), en el cual Hart nos aclara que el propósito del libro es ofrecer «an elucidation of the concept of law, rather than a definition of law»[8]. Lo que se propone Hart en su libro no es dar una definición del derecho, sino aclarar o explicar el concepto del mismo. Ahora bien, ¿una aclaración e «elucidación» suficiente del concepto de derecho no es en sí misma la definición del mismo? ¿Por qué pensar que el modo «tradicional» de definir mediante género y diferencia específica está en contradicción con el análisis del uso de las palabras? ¿Acaso si definimos el derecho determinando su género p.ej., «sistema de normas» -y su diferencia- «dotado de las características tales y cuales que las diferencian de otras normas», estaremos haciendo algo que esté en radical contraposición con lo que significa «elucidar» un concepto? ¿No será que Hart huye del compromiso de las definiciones para situarse en la cómoda posición que le otorga la «porosidad» del lenguaje?

El planteamiento que Hart hace de este problema está en la línea marcada por un importante trabajo de Glanville Williams, titulado «The Controversy Conceming the Word 'Law'»[9]. Este autor arremete contra la idea de Austin de que el significado «propio» del derecho sea el derecho estatal, ne-

---

[6] Cfr. Hart, «Definition and Theory in Jurisprudence», *Law Quarterly Review,* vol. 70 (En. 1954), ahora en H.L.A. Hart, *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* Clarendon Press, Oxford 1983 (pp. 21-48), p. 26.

[7] Ibid. p. 33.

[8] The *Concept of Law,* p. 208.

[9] Publicado en *The British Yearbook of International Law,* 1945, y después en *Philosophy, Politics and Society,* a cargo de Peter Laslett (Blackbell, Oxford 1956, pp. 136-156); hay trad. Italiana a cargo de Mario Jori, «La controversia a proposito della parola "Diritto"», en *Diritto e analisi del linguagio,* a cura di Uberto Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milano 1976, pp. 43-72.

gando así carácter jurídico al derecho internacional, que vendría a ser un aspecto de la moral. Williams protesta por esta reducción injustificada afirmando que Austin no ha entendido lo que significa el uso de las palabras. «La palabra "derecho" es simplemente un símbolo de una idea. Esta idea puede variar según la persona que use la palabra. Austin define lo que la palabra significa para él, cosa que tiene el derecho de hacer; pero no tiene derecho alguno de asumir una posición de legislador y declarar lo que la palabra debe significar para los demás». No existe para Williams un significado «propio» de las palabras, sino todo lo más un significado «usual»[10]. El método que propone este autor es «estudiar el significado ordinario de las palabras» renunciando a las definiciones «verdaderas» y a los significados «propios». Señala que este método debe ser característico tanto de la filosofía como de la jurisprudencia analítica, que «deben partir de las palabras tal y como son realmente usadas» siendo inútil «producir definiciones a priori declarando a continuación que son "verdaderas" o "propias"»[11]. No hace falta, pues, remontarse a la influencia de Wittgenstein para entender que Hart diga en su Prólogo que en el libro se plantea «cuestiones que bien puede decirse que versan sobre el significado de palabras».

De semejante naturaleza al estudio de Willips es otro de Richard Wollheim titulado «The Nature of Law»[12], en el que polemizando nuevamente con Austin, llama la atención sobre la necesidad de considerar como una cuestión sobre el significado de las palabras preguntas tales como: «¿cuál es la naturaleza del derecho? o ¿cuál es la esencia del derecho?» Wollheim responde que a tales «cuestiones lingüísticas» se puede responder de tres modos: proporcionando una «definición explícita o equipolente» (que es lo que se suele denominar definición nominal: el definiendum expresa en una palabra un conjunto de palabras, que es el definiens), o bien una definición de uso (en la que la palabra en cuestión aparece en distintos discursos de lenguaje), o bien, por último, una elucidación (elucidation) o explicación del concepto, que no es sino «una caracterización general» de lo que el término en cuestión significa. Salta a la vista que la dilucidación o explicación de un concepto es la forma más laxa de aproximarse al término que se trata de explicar (en nuestro caso, el término «derecho»).

2. Punto de vista interno y punto de vista externo

Otro de los aspectos de la perspectiva epistemológica de la obra hartiana es la idea de que el derecho puede ser contemplado desde el punto de vis-

[10] Ibid. p. 46.

[11] Ibid. p. 66.

[12] Publicado en *Political Studies,* 2, 1954, pp. 128-141; trad. It. de Letizia Gianformaggio: «La natura del Diritto», *Diritto e analisi del linguagio,* cit. pp. 73-93.

ta interno y desde el punto de vista externo. El primero es, el punto de vista del participante, mientras que el segundo es el punto de vista del observador. El participante considera las reglas del derecho como algo a lo que está sometido. Las reglas le obligan. Por el contrario, el observador externo las contempla como una realidad que no le afecta, ya que está situado fuera de ella. Si utilizamos el símil del juego, diremos que adoptan el punto de vista interno tanto los jugadores como el árbitro, que son los verdaderos sujetos del juego; y el punto de vista externo es el propio de los espectadores, los cuales no participan en la acción de juego y, consiguientemente, no están obligados a obedecer las reglas del juego, sino que contemplan éste como algo que sucede, como un fenómeno en el que no participan. A cada uno de estos puntos de vista corresponden enunciados distintos: enunciados internos son aquellos que se producen adoptando el punto de vista interno (esto es, como obligado o destinatario de la norma), mientras que enunciados externos son los que se producen en el marco del punto de vista externo (como observador exterior al fenómeno de las normas).

Se ha dicho que esta distinción corresponde a la diferenciación entre ciencia normativa y sociología del derecho. El punto de vista interno correspondería al jurista, y el externo al sociólogo. El primero en cuanto que considera al derecho como un conjunto de normas obligatorias, se situaría desde dentro del derecho en una posición de acatamiento u observancia. Por el contrario, el sociólogo, al mantener una postura de observador de lo que pasa en su contorno social, se situaría fuera del derecho, con la finalidad de observar los hechos sociales y los comportamientos que tienen que ver con las normas jurídicas.

Aunque el paralelismo tiene mucho de verdad, nos parece que la diferenciación entre punto de vista interno y externo no encaja exactamente con la distinción entre ciencia jurídica y sociología del derecho, y eso porque es una distinción no estrictamente epistemológica o metodológica sino «situacional» en el sentido más puramente natural de este término. El punto de vista interno es el propio de los que ven al derecho desde dentro, y el externo el propio de los que lo contemplan desde fuera. Desde dentro no sólo lo contempla el jurista, sino el ciudadano, y además esa contemplación no tiene por qué ser siempre «normativa» (que es la propia de la ciencia jurídica), sino que también es posible que sea «factualista» (por ejemplo, al considerar el derecho y el estado que se me imponen por la fuerza a mi vida, mi conciencia psicológica puede percibir las normas complacientemente o con desagrado); el punto de vista interno no excluye una perspectiva no normativista. A su vez, desde fuera podemos contemplar el derecho no sólo como un conjunto de fenómenos sociales sino también como un sistema normativo. Así, el estudio del derecho romano lo realizamos como un estu-

dio de normas jurídicas adoptando el punto de vista de la ciencia normativa, pero no por ello adoptamos un punto de vista interno en el sentido de que nos vemos como «partícipes» del sistema jurídico que examinamos. Parece, pues, que la distinción hartiana es una mezcla algo confusa entre planteamientos epistemológicos y posicionamientos de situación real ante el sistema jurídico. En todo caso, es una distinción que Hart no aclara suficientemente, aunque la utiliza con cierta frecuencia. Nuevamente es como si este autor resolviera sus exposiciones dejando en la sombra de la duda nociones que él mismo considera claves.

3. Formalismo y escepticismo ante las reglas

Esa misma ambigüedad (¿buscada?) preside su posición ante las reglas jurídicas. Para ello, Hart divide el mundo de las concepciones jurídicas en dos, que denomina formalistas y escépticas. El formalismo consistiría en una exagerada confianza en la regla escrita, sobre todo en la ley, de manera que la decisión derivaría de ella, sin problema alguno, como un ejercicio mecánico. Hart identifica formalismo con conceptualismo y con «literalismo» (literalism), haciendo así un nuevo ejercicio de inmoderada simplificación. Para entendemos, lo que Hart denomina formalismo sería lo equivalente a la concepción legalista del derecho, según la cual el derecho se identificaría con la ley, y la decisión judicial sería una derivación mecánica (silogística) a partir de ella. La simplificación de lo que Hart denomina «formalismo» alcanza casi el nivel de lo caricaturesco. Para empezar, no tiene en cuenta que donde la palabra «formalismo» tiene su sede natural es en el terreno de las posiciones epistemológicas de la ciencia, y muy secundariamente en el campo de la aplicación del derecho. «Formalismo» es, antes que nada, la actitud metódica que insiste en la investigación de las formas jurídicas como objeto principal de la ciencia jurídica y, más en concreto, de la teoría general del derecho (sin excluir, por ello, la sociología formal). En este sentido la ciencia del derecho será siempre formalista y, por tanto, conceptualista, puesto que uno de sus objetivos es entender la estructura formal del derecho y presentar su descripción en un abanico de conceptos formales que expresen los elementos de aquella estructura y sus relaciones recíprocas. Además, las posiciones formalistas (por ejemplo, teoría pura del derecho o jurisprudencia de conceptos) no conciben la interpretación y aplicación de la ley como Hart dice que las conciben. La presentación que Hart hace resulta francamente decepcionante. El ejemplo que pone es el de la interpretación de la palabra «vehículo», que aparece en la ley y que es preciso determinar para aplicarla al caso concreto. Esta palabra -dice Hart- no presenta problemas de interpretación en el caso de los casos paradigmáticos o casos claros (el coche, el autobús, la motocicleta), pero ¿qué diremos de un coche

de juguete de propulsión eléctrica? ¿lo consideraremos también un vehículo en el sentido de la ley, y por tanto habrá que entenderse prohibida su circulación en los parques, ya que la ley prohíbe que los «vehículos» circulen por los parques?[13]. Todo el problema del formalismo se reduce, en definitiva, a no haber entendido que el lenguaje tiene una «textura abierta» (open texture), y que por tanto ¡es precisa la interpretación de las palabras en los procesos de aplicación de la ley! La jurisprudencia de conceptos y el formalismo jurídico neokantiano y positivista quedan así definitivamente arrumbados ante el gran argumento del cochecito de juguete... Si no fuera por la extensión y la importancia del libro de Hart, no sería preciso llamar la atención sobre estos temas de una forma tan contundente. Pero, por las características mencionadas, resulta casi obligado dejar bien patente la limitación de los argumentos esgrimidos por Hart en un punto tan importante para entender el pensamiento jurídico como es el formalismo.

Dice Hart: «El vicio conocido en la teoría jurídica como formalismo o conceptualismo consiste en una actitud ante las reglas formuladas verbalmente que pretende dos cosas, disfrazar y minimizar la necesidad de semejante elección (se refiere a la elección de un significado a la hora de interpretar la regla general para ser aplicada al caso concreto), una vez que haya sido establecida una regla general. Una manera de hacer esto es congelar el significado de la regla de tal modo que sus términos genéricos hayan de tener el mismo significado en todos los casos en que se plantee la cuestión de su aplicación[14]. Parece evidente que lo que Hart denomina formalismo (formalism) y conceptualismo (conceptualism) nada tiene que ver ni con las posiciones que tradicionalmente se entienden como representativas del formalismo jurídico ni de la jurisprudencia de conceptos. Más bien tienen que ver con la versión más dura y simplificada de la teoría de la interpretación del derecho mantenida por la Escuela de la Exégesis francesa, sustentada por el dogma de la codificación como expresión de la voluntad general y del derecho natural: si todo está en el código, el intérprete tan sólo tendrá que aplicar mecánicamente la ley (el juez es la bouche de la loi, en palabras de Montesquieu). Esta concepción un tanto ingenua del proceso de aplicación de la ley tan sólo fue sustentada por algunos representantes de la mencionada Escuela francesa, pero no por el formalismo filosófico o científico (de origen kantiano, fenomenológico, o neopositivista) ni por la jurisprudencia de conceptos. Sostener lo contrario implica una ignorancia alarmante tanto de lo que ha representado y representa el formalismo en

[13] Cfr. *The Concept of Law,* cit. p. 125 y s.

[14] Ibid. p. 127.

el pensamiento jurídico como del verdadero alcance de la jurisprudencia de conceptos.

En otro momento al «formalismo» le llama Hart «literalismo» (literalism), palabra ésta que expresa mucho mejor lo que en realidad quiere decir: literalismo es la postura que en verdad critica, que supondría partir de la ingenua idea de que en la literalidad de la ley, en su letra, se encuentra contenido todo el derecho, sin precisar de un ajustamiento al caso concreto mediante una interpretación creadora. Pero por este camino volvemos a nuestra crítica de antes: no es lícito equiparar formalismo y literalismo; no tendríamos nada que objetar si Hart restringiera su crítica al literalismo pero es absolutamente distorsionador extenderla al formalismo, sobre la base de la pretendida equivalencia de ambos. Frente al literalismo, y en ello tiene razón Hart, es preciso subrayar la textura abierta del derecho.

La otra cara de la realidad jurídica es lo que Hart denomina «escepticismo ante las reglas» (rule-scepticism). En su forma más extrema, el escepticismo ante las reglas se manifiesta, para Hart, en la actitud consistente en decir que «hablar de reglas es un mito», olvidando que el derecho «consiste simplemente en las decisiones de los tribunales y en la predicción de las mismas»[15]. Ésta es, la posición de algunos de los más destacados representantes del realismo jurídico americano, para los cuales el derecho no es sino un conjunto de decisiones o sentencias de los jueces, y la ciencia del derecho tiene por objetivo la predicción de cómo decidirán efectivamente los jueces. Hart considera errónea esta concepción extrema, aduciendo que para que haya tribunales que emitan sentencias tiene que haber necesariamente reglas jurídicas que establezcan dichos tribunales, pues en caso contrario «no habría nada que hiciera posible distinguir la decisión de una persona privada de la de un tribunal». Para que existan tribunales tiene que haber reglas de derecho que los instauren; en consecuencia, las reglas están siempre presentes en el derecho, no es posible prescindir de ellas.

La versión moderada del escepticismo ante las reglas acepta la existencia de éstas, pero señala que las leyes no son sino «fuentes del derecho» y no el derecho mismo, que sólo aparece cuando se concretan las leyes mediante las decisiones judiciales. Pero esta objeción, de nuevo, tampoco implica la negación de las reglas que instauran la existencia y constitución de los tribunales, sin los cuales no es posible la emisión de sentencias. Además, aparte de este argumento, que hace referencia a lo que Hart llama «reglas secundarias», no puede desconocerse -añade- que en lo que respecta a las «reglas primarias» (que son las que imponen obligaciones o deberes), éstas funcionan en la vida de los individuos como «accepted legal standards of

[15] Ibid. p. 133.

behaviour» pautas jurídicas de conducta que aceptan como obligatorias[16]. Frente al predictivismo (que sostiene la idea de que las reglas del derecho no son otra cosa que predicciones sobre lo que harán los tribunales), Hart sostiene que las reglas funcionan en la vida social como tales reglas, son «usadas como reglas y no como descripciones de hábitos o predicciones»[17]. Además, los propios jueces no consideran a las reglas jurídicas como predicciones de sus decisiones sino como pautas a seguir en ellas[18]. Esas pautas no excluyen la discreción Judicial, esto es, la libertad de interpretación de los jueces, pero sí la limitan, a veces de una manera considerable. Por todo ello es preciso combinar la existencia de las reglas con la textura abierta de las mismas, para entender así la función judicial, la cual se caracteriza tanto por la discreción como por el sometimiento a las reglas.

4. Reglas primarias y reglas secundarias

Llegamos así al punto central de la teoría jurídica de Hart, su aportación decisiva: la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias. Una vez que se ha dejado bien claro, frente al rule-scepticism, que no es posible entender cabalmente el derecho si se prescinde de las reglas, preciso es cuestionarse cómo son éstas y cómo se relacionan. Hart toma aquí posición frente a Austin (tal es su método expositivo favorito). O mejor sería decir, frente a lo que llama «modelo simple» de la teoría jurídica, un género de teoría que Austin representa mejor que cualquier otro autor y que ha ejercido y ejerce un poderoso influjo en lo que puede llamarse la mentalidad jurídica corriente.

Hart declara, en efecto, que su principal interés «no está en Austin sino en las credenciales de un cierto tipo de teoría que ejerce una atracción permanente cualesquiera que puedan ser sus defectos. De tal modo que no hemos dudado en ignorar el pensamiento de Austin cuando se manifestaba dudoso o cuando parecía inconsistente, determinando una concepción clara y consistente. Es más, allí donde Austin meramente sugiere pistas para responder a las críticas que se le puedan formular, hemos desarrollado estas pistas (en parte apoyándonos en las líneas seguidas por teóricos posteriores como Kelsen) con el fin de tener la seguridad de que la doctrina que consideramos y criticamos se presenta en su forma más fuerte o rigurosa»[19]. Por tanto, lo que hace Hart para plantear su propia teoría es considerar un «modelo simple» centrado en Austin, aunque «reconstruido» evitando las con-

[16] Ibid. p. 134.

[17] Ibid. p. 134. y s.

[18] Ibid. p. 143.

[19] Ibid. p. 18.

tradicciones que aparezcan en Austin y desarrollando la concepción de éste en la línea de otros teóricos, especialmente de Kelsen. De esta forma, Hart sugiere que no sólo está criticando a Austin sino también a Kelsen, aunque la manera de decirlo, según su característica ambigüedad, no sea la más apropiada para un libro científico. El «modelo simple» sería entonces el modelo Austin-Kelsen. Sin decirlo expresamente, que es como hay que decir las cosas, Hart realiza una doble operación respecto a Kelsen: primera, califica su teoría de «simple»; y segunda, presenta a Kelsen como un «seguidor» de Austin.

Esta presentación de Kelsen es más que discutible. Hasta qué punto se pueda considerar a Kelsen como seguidor de la teoría austiniana, es un tema que pasaremos aquí por alto. De cualquier forma también Hart tendría que ser considerado como un seguidor de Austin. Lo que realmente importa es si es lícito presentar la teoría kelseniana como un mero desarrollo de los puntos de vista de Austin, y sobre todo si esta presentación se basa únicamente en uno de los libros de Kelsen, la General Theory of Law and State, publicado en 1945. Creemos que Hart comete una simplificación excesiva, desconociendo la producción copiosa de Kelsen, siendo especialmente de destacar que desconoce la segunda edición de Reine Rechtslehre, que se publicó justo un año antes de su The Concept of Law, en 1960. En lugar de haber montado su crítica sobre la obra de conjunto del maestro de Viena, prefiere hacerlo sobre la teoría de Austin, un autor del siglo XIX, y de paso meter a Kelsen en el mismo «saco» teórico bajo la designación de «modelo simple». Este proceder nos parece tanto más criticable cuanto que, tras la publicación de la mencionada obra de Kelsen, tendría Hart que haber explicitado su postura respecto a esta obra. En lugar de ello, en su estudio «Kelsen's Doctrine of the Unity of Law», publicado en 1968[20] maneja la primera edición de la Teoría pura del derecho, publicada en inglés en 1967, así como la edición francesa que considera «fuller and generally more accurate», publicada en 1962, desentendiéndose de la segunda edición mencionada de 1960, nada menos ocho años antes de la aparición del trabajo de Hart. Sinceramente, no acertamos a saber cómo es posible criticar, y ni siquiera entender a un autor descuidando su obra principal.

El «modelo simple» concibe el derecho -según Hart- como un conjunto de órdenes respaldadas por amenazas. Además del concepto de orden y sanción, utiliza como conceptos esenciales el de soberanía y el de hábito general de obediencia. Éstos serían los cuatro conceptos básicos del modelo simple: órdenes, amenazas, hábito general de obediencia y soberano. «Allí donde haya un sistema jurídico tiene que haber alguna persona o grupo de

[20] Recogido ahora en *Essays in Jurisprudence and Philosophy,* ya cit. pp. 309-342.

personas que emiten órdenes generales respaldadas por amenazas que son obedecidas por lo general, y tiene que darse la creencia generalizada de que es probable que se lleven a efecto dichas amenazas en caso de desobediencia. Esa persona o grupo de personas tiene que ser supremo desde el punto de vista interno, e independiente desde el punto de vista externo. Si -siguiendo a Austin- denominamos a esa persona o grupo de personas el soberano, las leyes de cualquier país serán las órdenes generales respaldadas por amenazas que hayan sino emitidas bien por el soberano bien por subordinados del soberano en obediencia a éste»[21].

Frente a este modelo simple, Hart propone un conjunto de ideas básicas, muchas veces poco desarrolladas, que resume bajo la denominación de «modelo complejo» de teoría del derecho. El argumento de fondo es que el modelo simple es, además de simple, «simplista», por lo que es necesario sustituirlo por un modelo que matice más la complejidad de la vida de los sistemas jurídicos. Hay que señalar, no obstante, que Hart admite el «modelo simple» de teoría jurídica para explicar el derecho de las situaciones sociales primitivas, caracterizadas por su sencillez; el «modelo complejo» de teoría jurídica se adaptaría a las sociedades complejas como la nuestra.

La propuesta quizá más destacada de todas las que corresponden al «modelo complejo» es la distinción entre reglas primarias y reglas secundarias (Primary and secondary rules). En sustitución del modelo simple de «órdenes respaldadas por amenazas». Hart propone entender el derecho como «la unión de reglas primarias y secundarias»[22].

El modelo simple de la teoría jurídica se caracteriza por concebir el derecho como un sistema homogéneo de órdenes o mandatos (commands) respaldados por amenazas o sanciones; para dicho modelo todo el derecho está compuesto por este género de órdenes, entendiendo por tales los mandatos que el soberano da a sus súbditos para que éstos se conduzcan de determinada manera. Ahora bien, dice Hart, «no todas las leyes ordenan al pueblo hacer o no hacer cosas»[23]. Así, y fundamentalmente, hay leyes que lo que hacen es conferir poderes (powers, facilities), como por ejemplo las que conceden el poder para hacer testamento, para celebrar contratos o para contraer matrimonio. Junto a estas leyes que conceden poderes a los particulares (private individuals), hay aquellas que conceden poderes a los funcionarios (officials), tales como las que establecen el poder de los jueces para juzgar los casos, o de los ministros para emitir normas administrativas. Éste es el argumento principal contra el modelo simple del derecho: junto a las órdenes respaldadas por amenazas hay que admitir la existencia de otros

[21] Ibid. p. 25.

[22] Véase los capítulos III y V de *The Concept of Law*.

[23] Ibid. p. 26.

tipo de reglas que no pueden ser entendidas como órdenes respaldadas por amenazas. Las órdenes o mandatos sólo pueden entenderse como expresión de la voluntad de quien manda para que el destinatario de la orden se comporte de determinada manera, bajo la amenaza de una sanción; las normas del modelo simple serían, por tanto, tan sólo normas que establecen deberes. Esta concepción es insuficiente, puesto que hay por lo menos otros tipos de normas que lo que hacen es conceder derechos o poderes, y por tanto no pueden ser entendidas en términos de órdenes respaldadas por amenazas.

La idea de la unión entre reglas primarias y secundarias constituye «la clave para entender el derecho», según la propia expresión de Hart, y un punto decisivo para distinguir el concepto de sistema jurídico (legal system) del de órdenes respaldadas por amenazas y del de moral. Tanto las órdenes respaldas por amenazas como la moral son, igual que el derecho, «medios de control social»; y aunque el derecho se relaciona con las órdenes respaldadas por amenazas y con la moral, se distingue de ellos básicamente por medio de la unión de las reglas primarias y secundarias.

Es ésta la idea más luminosa de Hart, que merece más aclaración de la que él mismo presenta. La aportación decisiva de Hart consiste en haber subrayado el carácter heterogéneo de las reglas, a diferencia de la concepción de Austin (que es la concepción imperativista que concibe el derecho como un conjunto de órdenes) y en lo esencial también de la de Kelsen, quien sostiene siempre que las normas son todas proposiciones de deber (aunque en la segunda edición de la Teoría pura introduzca los diversos operadores deónticos). Hart es más explícito que Kelsen en este punto: las normas jurídicas son heterogéneas; unas son las que establecen deberes (reglas primarias) y otras las que cumplen otras funciones distintas a establecer deberes (reglas secundarias). Hart, sin embargo, no penetra en el análisis lingüístico de las reglas y en la heterogeneidad lingüística de las mismas. Se limita a subrayar la heterogeneidad funcional de las reglas que componen el sistema jurídico. Resalta la idea de que hay dos tipos de reglas definidas por su diversa función en el sistema: las primarias, cuya función es imponer deberes, que es lo mismo que decir que exigir comportamientos; y las secundarias, cuya función no es exigir deberes sino establecer elementos distintos, que tienen en común el ser elementos en relación con las reglas primarias; por eso se dice que las reglas secundarias no son reglas de comportamiento sino reglas de las reglas, o reglas sobre las reglas primarias, para ser más exactos.

Pues bien, ni en un modelo simple de órdenes o mandatos respaldados por sanciones, ni en un sistema de normas morales, existe esa dualidad funcional de diversos tipos de reglas. En ambos medios de control social esta-

mos ante sistemas de reglas primarias, esto es- sistemas que se reducen a un conjunto de normas que exigen deberes, prescindiendo de las reglas secundarias o reglas de las reglas. A Hart sólo le ha faltado penetrar en el análisis lingüístico de las reglas jurídicas, para verificar en qué modo el lenguaje del derecho se hace cargo de la heterogeneidad funcional de las reglas destacando su heterogeneidad lingüística, y también le ha faltado destacar el carácter institucional del derecho, como objeto de las reglas secundarias y elemento diferenciador del derecho respecto de la moral.

La ambigüedad de Hart se manifiesta de nuevo aquí. Después de haber declarado que la idea de la unión de las reglas primarias y las secundarias constituye la clave para la comprensión del derecho y de decir que tal característica «es la condición suficiente para la aplicación de la expresión "sistema jurídico"», nos mete otra vez en la incertidumbre que tanto gusta de prodigar cuando, a continuación, declara que no pretende que la palabra «derecho» tenga que ser definida en esos términos, esto es, como unión de reglas primarias y secundarias[24], porque lo que él pretende no es «definir» el concepto del derecho sino «elucidarlo».

Reglas primarias son aquellas «por las que se exige a los seres humanos hacer o abstenerse de hacer determinadas acciones, tanto si lo desean como si no»[25] (obsérvese que esta definición de Hart de las reglas primarias está muy próxima a la definición que critica de las órdenes respaldadas por amenazas). Junto a las reglas primarias, que constituyen el «tipo básico» de las reglas que configuran el sistema jurídico, están las reglas secundarias, que son «parásitas» (parasitic) o secundarias con respecto a las primarias, puesto que su función es hacer posible que los seres humanos «introduzcan nuevas reglas del tipo de las primarias, extingan o modifiquen reglas anteriores, determinen en diversos modos la incidencia de las reglas primarias o controlen sus efectos». La esencia de las reglas primarias es la de «imponer deberes» (duties), mientras que la de las secundarys es «conferir poderes» (powers), ya públicos, ya privados[26]. Deber y poder son, pues, la esencia característica de los dos tipos de reglas.

No se puede entender muy bien por qué razón niega Hart la existencia de reglas secundarias en las sociedades primitivas o de escasa evolución, en las que, según él, encaja el modelo simple de órdenes respaldadas por sanciones, lo que viene a querer decir que en dichas sociedades tan sólo existen las llamadas reglas primarias. ¿Acaso no se produce en esos contextos

[24] The Concept of Law, p. 208.

[25] Ibid. p. 78.

[26] Ibid. p. 79.

sociales el mismo fenómeno de los poderes, tanto públicos (de la tribu o clan o comunidad) como privados (de los individuos que componen esas entidades)? Parece fuera de discusión que también en esas sociedades se crean normas y a veces se modifican (aunque el grado de modificación sea muy reducido, si lo comparamos con nuestra sociedad); también es un hecho que los individuos que forman esos grupos son titulares de una esfera de acción (diversas formas de propiedad o al menos posesión, familia, etc.,) que se traduce en un haz de poderes que les permiten llevar a efecto su vida «jurídica». Difícilmente podremos pensar la estructura jurídica de cualquier sociedad si no empleamos, al menos, las dos categorías de los deberes y los poderes; y en tal sentido, habría que afirmar que el modelo complejo de teoría no sólo es aplicable a la situación compleja de la sociedad civilizada o avanzada, sino a todas, y también por tanto a la situación simple de sociedad.

Hart introduce, como segundo carácter diferenciador entre reglas primarias y secundarias, el que se refiere a la acción o acto que contemplan. Las reglas primarias se refieren a «acciones que implican movimiento o cambios físicos», mientras que las secundarias «establecen operaciones que conducen no meramente al movimiento o cambio físico, sino a la creación o variación de deberes u obligaciones»[27]. Podemos decir, interpretando a Hart, que las reglas primarias son reglas de conducta o comportamiento, en el sentido de que el destinatario de las mismas está obligado a hacer algo o a dejar de hacer algo. Ese hacer o dejar de hacer es lo que quiere decir Hart cuando habla de «movimiento o cambio físico», aunque la expresión no es afortunada, porque en la abstención (dejar de hacer) precisamente lo que no hay es movimiento o cambio físico; si la regla impone un deber de abstención, lo que está imponiendo es que las cosas se queden como están, que es lo mismo que decir que el destinatario de las normas (que es el sujeto del deber de abstención) no efectúe movimiento ni cambio alguno en el medio que le rodea. El deber de no robar, que es un deber de abstención, se traduce en un deber de no realizar movimiento alguno en relación con los bienes ajenos. La caracterización que hace Hart de las reglas primarias es, por tanto, defectuosa, equivocándose al conectarlas con la realización de movimientos físicos. Más claro sería decir que las reglas primarias imponen deberes, y que éstos pueden ser tanto deberes positivos (o de realizar una acción positiva, lo cual implica la realización de movimientos físicos) como deberes negativos (o de abstenerse de realizar una acción positiva, lo cual implica no efectuar movimiento físico alguno, en relación al bien jurídico que se trata de proteger).

[27] Ibid. p. 79.

En cuanto a las reglas secundarias se plantean también algunas perplejidades. Dice Hart que se caracterizan porque no implican movimiento físico, sino creación o variación de los deberes establecidos por las primarias. La regla secundaria establece un poder, y todo poder es descomponible en un haz de posibles acciones que el sujeto del poder puede realizar. Por ejemplo, si soy propietario de una casa puedo habitarla, lo cual implica un conjunto muy amplio de acciones posibles: puedo dormir en ella, puedo comer con mi familia, puedo recibir amigos, puedo ver la televisión, puedo leer, puedo escribir, etc.; además puedo venderla, hipotecarla, donarla, etc. Decir que el conjunto de poderes que me otorga el ser propietario de la casa se reduce a la «creación o modificación de deberes» no sólo es reducir mucho las cosas, sino también desenfocar exageradamente el contenido real de los poderes jurídicos. El poder que me concede la norma no sólo me permite crear deberes (ej.: vendo mi casa y de ahí surge mi deber de entregar la cosa, y el deber correspondiente de que el comprador me entregue el precio convenido). También me permite crear derechos o poderes más concretos (ej.: si vendo mi casa tengo derecho al precio, y el comprador tiene derecho a la entrega de la casa). Y tengo además poderes que también implican movimientos físicos (como son todas aquellas acciones que hemos enumerado antes y que puedo realizar en mi casa). Podemos afirmar, por consiguiente, que esta caracterización de la distinción entre reglas primarias y secundarias no está bien expuesta por Hart, sino que es excesivamente confusa.

Hart maneja otro criterio que en cierto modo es incompatible con los anteriores, aunque quizá en sí mismo considerado sea el más acertado. Según este criterio, las reglas secundarias se encuentran en un nivel diferente que las reglas primarias: las secundarias son reglas acerca (about) de las primarias. «Mientras que las reglas primarias se ocupan de las acciones que los individuos deben o no hacer», las reglas secundarias «se ocupan de las reglas primarias mismas»[28]. Así pues, según este criterio las reglas primarias serían reglas que imponen deberes, mientras que las secundarias serían «reglas sobre las reglas» o reglas cuyo objeto no son las acciones en sí mismas consideradas, sino las reglas primarias. Obsérvese cómo este criterio es más amplio que los anteriores, y determina con mayor precisión la función de las reglas secundarias. Explícitamente dice Hart que dichas reglas «especifican los modos por los que se puede averiguar de manera concluyente cuáles son las reglas primarias, los modos en que se introducen, se eliminan y se modifican, así como los modos en que se pueden determinar de manera concluyente el hecho de su violación».

[28] Ibid. p. 92

Ahora bien, ¿cuáles son las reglas secundarias? ¿cuáles son sus tipos? Hart señala tres tipos de reglas secundarias: la regla de reconocimiento (o reglas de reconocimiento, en plural), las reglas de adjudicación y las reglas de cambio.

Las reglas de cambio son aquellas que permiten la dinamicidad del sistema jurídico. Según Hart, el modelo simple de las reglas primarias es un modelo estático, ya que se reduce a ser un conjunto de reglas impositivas de obligaciones, sin que haya nada en el sistema que prevea el cambio. Un sistema complejo se caracteriza, entre otras cosas, por hacer posible la modificación de sus propias reglas, creando nuevas o variando las ya existentes. La «forma más simple» de regla de cambio es la que «faculta o dota de poder a un individuo o cuerpo de personas para introducir nuevas normas primarias... o eliminar normas viejas»[29]. Además de determinar las «personas que han de legislar» las reglas de cambio «pueden definir en términos más o menos rígidos el procedimiento que ha de seguirse en la legislación». Las reglas de cambio son, pues, aquellas que determinan el poder de crear o modificar reglas primarias, que además pueden establecer también el procedimiento para realizar dicha función. Gracias a ellas, el sistema jurídico puede transformarse a sí mismo. Corresponden a las categorías que Kelsen establece en la segunda edición de la «Teoría pura del derecho»: normas potestativas y normas derogatorias, que integrarían en ellas mismas el procedimiento para llevar a efecto la modificación. Siguiendo a Kelsen, Hart acepta que este concepto de reglas de cambio es aplicable no sólo a los órganos legislativos de un país, sino también a los individuos, que al celebrar contratos u otorgar testamentos, por ejemplo actúan ejercitando unos «poderes legislativos limitados»[30].

La idea de Hart respecto de las reglas de cambio es en lo sustancial certera, aunque no esté exenta, en nuestra opinión, de graves defectos. Primero, porque no aporta una tipología suficientemente clara de las clases de reglas de cambio, englobando en ellas un conjunto muy heterogéneo de reglas (las que otorgan poderes, las que derogan otras normas, las de procedimiento). Segundo, porque no determina la naturaleza lingüística de este tipo de reglas: se limita a señalar que hay reglas cuya función es hacer cambiar las reglas primarias. Tercero, al decir que las reglas de cambio sirven para cambiar las reglas primarias (que son las impositivas de deberes) desconoce que tales reglas de cambio también sirven en todo ordenamiento jurídico para modificar las reglas secundarias; mediante reglas de cambio no sólo se cambian las reglas que imponen deberes (primarias) sino también las propias

[29] *The Concept of Law,* p. 92. y s.

[30] Ibid. p. 94

reglas de cambio y las reglas de adjudicación, ¿cómo si no podrían variar, como de hecho varían, las propias reglas secundarias? Cuarto, no parece convincente excluir la existencia de reglas de cambio en los sistemas simples, que son aquellos en los cuales sólo existirían reglas primarias de obligación. Esta hipótesis es más una idea especulativa de Hart que una realidad, ya que no existen ordenamientos jurídicos que no cambien, aunque sin duda los hay que cambian con escasa dinamicidad. La idea de un sistema jurídico estático como correspondiente a una sociedad estática no es una visión realista del mundo del derecho.

El segundo tipo de reglas secundarias está formado por las reglas de adjudicación (rules of adjudication). «Además de identificar a los individuos que tienen que juzgar, este tipo de reglas define también el procedimiento a seguir»; «definen un grupo importante de conceptos jurídicos: los conceptos de juez o tribunal, jurisdicción y sentencia»[31]. Las reglas de adjudicación tienen por objeto, pues, definir los poderes y procedimientos jurisdiccionales. Si bien se mira, no hay tanta diferencia de naturaleza entre las reglas de cambio y las de adjudicación, puesto que ambos tipos consisten en la atribución de facultades o poderes y en la determinación de procedimientos.

Obsérvese que Hart utiliza reiteradamente el término «definir» para concretar la función de las reglas secundarias: las de cambio definen los poderes legislativos y sus procedimientos, mientras que las de adjudicación definen los poderes jurisdiccionales y sus procedimientos. Si tomamos al pie de la letra esa manera de expresarse, podremos decir que el derecho (en su modelo complejo) está formado por reglas primarias y definiciones; y ya que las primarias se limitan a establecer deberes, podemos simplificar más aún y decir que el derecho está compuesto por deberes y definiciones. Tal es la postura de Alchourrón y Bulygin en su estudio «Definiciones y normas».

Algunas de las críticas que hemos formulado respecto a las reglas de cambio son aplicables igualmente a las de adjudicación. Dejaremos en libertad al lector para que las encuentre a su modo y las formule libremente.

5. La regla de reconocimiento

A las reglas secundarias pertenece también la llamada regla de reconocimiento (rule of recognition), concepto similar al de norma fundamental en el sistema de la Escuela de Viena). El tema de la regla de reconocimiento es recurrente en la obra de Hart, y está cargado de ambigüedades y faltas de precisión[32]. Dada la importancia que se le ha dado en la teoría general del

[31] Ibid. p. 94

[32] Aunque recorre todo el libro, hay un capítulo de *The Concept of Law* especialmente dedicado al tema: el VI (Los fundamentos del sistema jurídico).

derecho contemporánea (hasta el punto que puede afirmarse que es la tesis hartiana más conocida), vamos a detenemos un poco en su análisis.

a) La regla de reconocimiento como regla secundaria de identificación de las reglas primarias

Lo primero que salta a la vista es que Hart aborda el tratamiento de la regla de reconocimiento en el capítulo titulado «Los fundamentos del sistema jurídico». Y, nuevamente, vuelve a contraponer el modelo simple (reglas primarias) y el modelo complejo (unión de reglas primarias y secundarias). El fundamento del modelo simple radica, según Hart, «en la situación en la cual la mayoría de un grupo social obedece habitualmente las órdenes respaldadas por sanciones dadas por la persona o personas soberanas, las cuales a su vez no obedecen habitualmente a nadie»[33]; en el modelo de sociedad simple, por tanto, el fundamento del derecho está, en la obediencia al soberano, en la obediencia generalizada. En contraposición con el modelo simple, el modelo complejo implica que «se acepta y se usa una regla secundaria de reconocimiento para conseguir la identificación de las reglas primarias de obligación»[34]. De estas afirmaciones se extraen varias consecuencias.

En primer lugar, la diferencia de naturaleza del fundamento del orden jurídico en el modelo simple y en el modelo complejo de sociedad: mientras que en el primero dicho fundamento consiste en un hecho (el hecho de la obediencia generalizada al soberano), en el segundo consiste en una regla (la regla de reconocimiento). Ello implica, además, que la regla de reconocimiento no se da en el modelo simple sino únicamente en el modelo complejo (en consonancia lógica con la idea de que en el modelo simple no se produce la dualidad de reglas primarias y secundarias). Por último, la regla de reconocimiento tiene la función primordial de reconocer o identificar las reglas primarias del sistema. Entre las reglas secundarias (que aparecen en el modelo complejo) hay una de especial importancia, cuya función consiste en identificar las reglas primarias o reglas que imponen obligaciones. En este sentido, la regla de reconocimiento puede ser denominada también regla de identificación, habida cuenta de que su función principal es la de determinar o localizar las reglas primarias de un determinado sistema jurídico. La regla de reconocimiento es la regla de identificación de las reglas primarias de un sistema jurídico complejo.

Estas ideas de Hart nos sugieren ya algunas críticas que no podemos dejar de exponer antes de seguir adelante. No parece muy coherente entender

[33] *The Concept of Law,* p. 97.

[34] Ibid.

que el fundamento del modelo simple sea un hecho (la obediencia la soberano) mientras que el del modelo complejo sea una regla (la de reconocimiento). ¿Acaso no sería más ajustado decir que el fundamento del modelo simple está en la norma que dice que se debe obedecer las órdenes del soberano? Hart no da razón alguna que justifique la diversa naturaleza del fundamento del modelo simple y del complejo. Si el fundamento del modelo simple es un hecho, también podría ser un hecho el fundamento del modelo complejo, pues ¿acaso no se produce igualmente en este último el fenómeno de la obediencia generalizada a las reglas del sistema? Pareciera que lo que a Hart le interesa ante todo es subrayar la tesis de que en el modelo simple no hay reglas secundarias, y habida cuenta de que la regla de reconocimiento es una regla secundaria, no puede el modelo simple poseer tal regla, ¿cómo entonces podemos identificar las reglas del modelo simple si no posee una regla de identificación? Hart nos dice: observando qué reglas se obedecen. Pues bien, si esto es así podemos decir que la regla de reconocimiento del modelo simple sería la regla que dice que son reglas de tal modelo aquellas que se obedecen. Por tanto, el modelo simple también poseería su propia regla de reconocimiento, viniéndose así abajo su tesis de que sólo el modelo complejo es portador de tal regla.

b) la regla de reconocimiento como conjunto de criterios para identificar el derecho, o las fuentes del derecho

Dice Hart: «Allí donde se acepte una regla de reconocimiento, tanto las personas particulares como los funcionarios estar provistos de criterios dotados de autoridad (authoritative criteria) para identificar las reglas primarias de obligación»[35]. Obsérvese, en primer lugar, la idea de que la regla de reconocimiento, para que exista como tal, ha de ser aceptada, por lo que la regla de reconocimiento precisa de un fundamento ulterior, la aceptación, que es no una regla sino un hecho. Pero dejemos este punto, sobre el cual volveremos después. Lo que nos interese resaltar ahora es la idea de que la regla de reconocimiento consiste en un conjunto de criterios en virtud de los cuales tanto los ciudadanos como los funcionarios y, en general, todos los operadores jurídicos, pueden identificar las reglas primarias, que son, como sabemos, las reglas que imponen deberes u obligaciones.

Tales criterios, nos dice Hart, pueden ser muy variados, pudiéndose presentar combinados. Se pueden identificar las reglas primarias en referencia a un texto dotado de autoridad, a la promulgación legislativa, a la práctica consuetudinaria, a declaraciones generales de determinadas personas, a decisiones judiciales... La determinación concreta de cuál sea la regla de re-

[35] Ibid.

conocimiento depende del tipo de sistema jurídico que se investigue. Pero, en cualquier caso, la regla de reconocimiento consiste en un conjunto de criterios que posibilitan la identificación de las reglas primarias. Cual sea ese conjunto de criterios en concreto depender del orden jurídico en cuestión. No se puede dar una clave general para cualquier sistema, sino que los criterios en que consiste la regla de reconocimiento habrá que averiguarlos indagando de acuerdo con qué criterios funciona efectivamente el sistema.

Hart nos dice que en un sistema jurídico simple, la regla de reconocimiento consistirá en la sanción de Rex I, esto es, en el hecho de que en ese sistema es Rex I (soberano) el que promulga el derecho, no existiendo limitación alguna a su poder legislativo, y tal regla de reconocimiento se manifestar «en la práctica general por parte de los funcionarios y de las personas particulares de identificar las reglas de acuerdo con este criterio»[36]. Si el modelo simple de derecho se manifiesta en la existencia de una persona o grupo de personas como soberano y en la obediencia generalizada a sus órdenes respaldadas por amenazas, el criterio para identificar las reglas primarias del sistema es bien simple: todas las órdenes que emita el soberano son reglas jurídicas. Para saber cual es el derecho de un modelo semejante no habrá más que observar cuáles son efectivamente las órdenes dictadas por el soberano. Éste será el criterio identificador de las reglas primarias. Y sabremos que efectivamente es así porque los funcionarios y los particulares identifican de hecho las reglas por medio de ese criterio.

Obsérvese la contradicción de Hart. Nos acaba de decir que el modelo simple se caracteriza por no poseer reglas secundarias (y por consiguiente, tampoco regla de reconocimento), y a renglón seguido (¡en la misma página!) afirma justamente lo contrario, al admitir que en el modelo simple la regla de reconocimiento viene delimitada de una manera muy sencilla. Obsérvese, además, que dice que la regla de reconocimiento es reconocida a su vez mediante la práctica general de los funcionarios y los particulares de identificar de acuerdo con el criterio mencionado cuáles son las reglas del modelo simple, lo cual quiere decir que en último término el indagador de la regla de reconocimiento ha de buscarla por medio de la observación de dicha práctica general. La regla de reconocimiento en el modelo simple remite, pues, a un hecho, al hecho de la existencia de la mencionada práctica general de funcionarios y particulares.

En un sistema jurídico complejo, la regla de reconocimiento será también más compleja, ya que en tal sistema la pluralidad de fuentes del derecho, y no sólo la sanción legislativa de Rex I. En el modelo complejo «la regla de reconocimiento es consecuentemente más compleja: los criterios

[36] Ibid. p. 98.

para identificar el derecho son múltiples, incluyendo comúnmente la constitución escrita, la promulgación del poder legislativo y los precedentes judiciales»[37]. La regla de reconocimiento de un sistema jurídico moderno incluye, por tanto, una pluralidad de criterios, los cuales no hacen otra cosa que reflejar las fuentes del derecho del sistema, que ordinariamente son la constitución, la ley y los precedentes judiciales (jurisprudencia). Éstos son los criterios que «comúnmente» configuran la regla de reconocimiento del modelo complejo, lo cual quiere decir que no siempre es así necesariamente. Por una parte, es posible que en un determinado ordenamiento falte alguno de los criterios mencionados; por otra, que existan otros además de los mencionados (como, por ejemplo, los tratados internacionales, los convenios colectivos, las normas dictadas por la administración...).

Además, en la mayoría de los casos -dice Hart- se adoptan disposiciones que permitan evitar los posibles conflictos entre los diversos criterios constitutivos de la regla de reconocimiento, ordenándolos en orden de jerarquía («ranking these criteria in an order of relative subordination and primacy»): los criterios que constituyen el contenido de la regla de reconocimiento no tienen todos el mismo nivel, sino que están ordenados jerárquicamente. Puede decirse, por consiguiente, que la regla de reconocimiento de un sistema jurídico moderno viene definida por un conjunto de criterios de ordenación jerárquica de las fuentes del derecho; lo que viene a ser lo mismo que decir que es un conjunto de criterios para ordenar jerárquicamente las normas. La regla de reconocimiento sirve entonces para identificar no sólo las reglas primarias (como dice expresamente Hart), sino también las secundarias, es decir, todas las normas que componen el orden jurídico (a excepción, claro es, de la propia regla de reconocimiento), y además de identificarlas, sirve para ordenarlas en un orden de jerarquía. De igual manera que en el supuesto del modelo simple, en el modelo complejo la existencia de la regla de reconocimiento se manifiesta o se hace perceptible a través de la práctica general de identificar las reglas jurídicas aplicando los criterios correspondientes. La práctica general de funcionarios y ciudadanos es el factor real mediante el que se averigua tanto la existencia como el contenido concreto de la regla de reconocimiento. Para saber cuál es la regla de reconocimiento de un sistema jurídico moderno o complejo es preciso acudir a la observación de dicha práctica general, con objeto de determinar cuáles son los criterios que utiliza.

Vemos, por consiguiente, que la regla de reconocimiento está condicionada, tanto en su existencia misma como en su contenido, por el hecho social de la aceptación fáctica de los criterios en cuestión, aceptación que a su

[37] Ibid. p. 98.

vez se expresa mediante el hecho social externo de la práctica generalizada de los funcionarios y ciudadanos. Esto implica el «reconocimiento» de funcionarios y ciudadanos de la regla de reconocimiento. La regla de reconocimiento, para existir, ha de ser reconocida o acatada por operadores jurídicos y personas privadas. Podemos preguntamos entonces: si la regla de reconocimiento precisa ser reconocida a su vez mediante la observación del acatamiento que se manifiesta en la práctica general, ¿no sería más sencillo decir que un sistema jurídico está formado por aquellas reglas que acatan como tales los operadores jurídicos y los ciudadanos, y en la jerarquía en que tal acatamiento expresa? Y en tal caso ¿no tendríamos que decir que también en el modelo complejo y no solamente en el simple, el hábito de obediencia generalizada constituye el factor determinante de identificación de las reglas que componen el sistema?

c) la regla de reconocimiento no es una regla de derecho positivo, sino que es «mostrada» por la manera en que de hecho se identifican las reglas del sistema jurídico

Al igual que en el caso de la norma fundamental, la regla de reconocimiento no es una regla del derecho positivo. Hart dice que «muy rara vez viene formulada como una regla»[38], lo que sin duda quiere decir que en alguna ocasión concreta un sistema jurídico podría contener entre sus reglas una que fuera la regla de reconocimiento, pero que no tiene por qué ser necesariamente así; es más, que normalmente no es así. Además, podría suceder que el sistema jurídico determinara erróneamente su propia regla de reconocimiento; sucedería esto si tal determinación no coincidiera de hecho con la manera efectiva en que identifican las reglas del sistema los operadores jurídicos y los ciudadanos. La regla de reconocimiento viene determinada por ese modo fáctico de identificación de las reglas del sistema, y no por la declaración expresa que el propio sistema realice. No se revela como una regla «establecida» (stated) o positiva, sino como una regla «mostrada» (shown) «en la manera en que se identifican las reglas particulares por los tribunales o por otros funcionarios, o bien por las personas privadas o sus asesores». No es, pues, una regla más del sistema sino una metaregla identificadora de las reglas jurídicas positivas, que es mostrada como la descripción del modo de proceder de los operadores jurídicos.

Esta peculiar regla, que estamos analizando, tiene por tanto una naturaleza híbrida, y ello atendiendo a dos aspectos. Primero, es una regla (y por tanto un componente de todo sistema jurídico, al menos del modelo com-

[38] Ibid.

plejo), pero al mismo tiempo es extrapositiva, se sitúa fuera del derecho positivo. Segundo, al tratarse de una regla tiene carácter imperativo, pero su esencia consiste en describir una práctica, la práctica identificadora de las reglas del sistema. En el primero de ambos aspectos, la regla de reconocimiento es derecho, mientras que en el segundo es un hecho. Hart es consciente de esa dualidad ambigua de la naturaleza de la regla de reconocimiento. Expresamente admite que existe una gran dificultad en clasificarla, pues escapa a las categorías convencionales[39]. Hart ve razones para considerar a la regla de reconocimiento tanto «derecho» como «hecho»: «El argumento para llamar "derecho" a la regla de reconocimiento es que la regla que proporciona criterios de identificación de otras reglas del sistema puede ser pensada como un rasgo definitorio del sistema jurídico y, por tanto, ser digna de llamarse "derecho"; el argumento para llamarla "hecho" es que afirmar que tal regla existe es verificar un enunciado externo del hecho real relativo a la manera en que son identificadas las reglas de un sistema "eficaz"»[40]. Esto nos lleva a la diversa consideración desde el punto de vista interno y el punto de vista externo, de la que ya hemos hablado, pero sobre la que es preciso insistir en relación con el tema de la regla de reconocimiento.

d) la regla de reconocimiento desde el punto de vista interno y desde el punto de vista externo

Ya sabemos que el punto de vista interno es el propio de quien está sometido a las reglas del sistema, mientras que el punto de vista externo es el de quien contempla el sistema desde fuera, como observador. Cuando son los ciudadanos y los operadores jurídicos sometidos a un sistema de reglas de derecho los que determinan, con su práctica habitual, el conjunto de criterios que configuran la regla de reconocimiento, estamos en presencia de ésta desde el punto de vista interno: «el uso que de las reglas (sic) de reconocimiento no expresamente formuladas hagan los tribunales y otros (sic) al identificar las reglas particulares del sistema es característico del punto de vista interno»[41]. Ello implica una «actitud de aceptación compartida de las reglas», que suele expresarse diciendo «el derecho dispone tal cosa», fórmula que utilizan tanto los diversos operadores jurídicos como los ciudadanos sometidos al sistema.

El punto de vista externo supone la existencia de «un observador que comprueba desde fuera (ab extra) el hecho de que el grupo social acepta dichas reglas», que él mismo no tiene por qué aceptar. Una formulación pro-

[39] Ibid. p. 107.

[40] Ibid. p. 108.

[41] Ibid. p. 99.

pia del punto de vista externo sería por ejemplo: «en Inglaterra reconocen como derecho lo que promulga la reina en parlamento».

El punto de vista interno expresa la aceptación del grupo respecto de las reglas, aceptación que se ve ratificada por la aseveración de los miembros del grupo mismo (enunciado interno: internal statement); por su parte, el punto de vista externo supone igualmente la aceptación de las reglas por el grupo, si bien esta vez la aseveración la formula alguien que no es parte de dicho grupo (enunciado externo: external statement). Es evidente entonces que se adopte el punto de vista interno o el externo, el dato relevante es el de la aceptación de las reglas por el grupo. Tanto el punto de vista interno como el externo, y sus correspondientes enunciados, presuponen esa aceptación general. El enunciado interno es posible porque las reglas son aceptadas por el grupo con carácter general; y exactamente igual, el enunciado externo es posible por la misma razón. El centro de confluencia del punto de vista interno y del externo no es otro que la aceptación habitual o generalizada de las reglas jurídicas por parte de los integrantes del grupo. La hojarasca que cubre toda la exposición de Hart es eliminada dejando ver la verdadera naturaleza del suelo en que se apoya, que no es otro que el de un hecho sociológicamente constatable: la aceptación generalizada de las reglas del sistema. Éste es el elemento clave para determinar qué reglas componen el sistema y, en definitiva, cómo está éste configurado. Tanto el punto de vista interno como el externo dependen del hecho social de la aceptación; el interno declara la aceptación de las reglas por parte de los que las aceptan, mientras que el externo se limita a constatar el hecho social de que en general los miembros de una sociedad aceptan tales y cuales reglas como reglas de derecho.

Es esta la misma idea que ya sostuvo Bierling con su concepto de «reconocimiento» (Anerkennung), concepto que expresa el reconocimiento o aceptación social (expresa o implícita) por parte de los miembros de la sociedad, y que es el soporte necesario para la existencia de un orden jurídico válido. Idea que a su vez formularía Kelsen diciendo que para que un sistema sea válido (esto es, sea realmente un conjunto de normas jurídicas) ha de ser, en su conjunto, eficaz (puesto que la aceptación auténtica de las normas supone su cumplimiento, y por tanto la eficacia general del conjunto de las normas).

Podemos concluir este epígrafe diciendo que, en definitiva, la regla de reconocimiento expresa un hecho social, el hecho de la aceptación generalizada de las reglas de un orden jurídico. Observando tal aceptación se podrá determinar el conjunto de reglas aceptadas, que son las que configuran el sistema jurídico. Los criterios de identificación de las reglas no existen fuera de la aceptación generalizada; es ésta misma la que determina ese cri-

terio, porque ella es el criterio. Esto explicaría la variabilidad de la regla de reconocimiento, que no consiste en otra cosa que la variabilidad de la aceptación de las reglas. Explicaría igualmente su indeterminación, pues la aceptación es un hecho social sometido a la mudanza de los tiempos. Hart hubiese sido más claro y más coherente si en lugar de inventarse el expediente de la misteriosa regla de reconocimiento, hubiera dicho pura y simplemente que la identificación de las reglas del sistema se verifica mediante la observación de las reglas que son aceptadas por los miembros de la sociedad, y que esa misma observación proporciona los criterios de jerarquía de observancia y aplicación de las reglas. Hart no ha podido liberarse del «yugo kelseniano» que su teoría lleva como una carga permanente.

e) la regla de reconocimiento como determinante de la validez del resto de las reglas

Esa indeleble impronta kelseniana que Hart lleva con cierto desagrado se hace más patente aún en cuanto vincula la regla de reconocimiento con la validez de las reglas del sistema. La regla de reconocimiento no sólo sirve para identificar las reglas, sino también para fundamentar su validez. Cumple así la misma función que la norma fundamental kelseniana. Por ello, en una ocasión el inconsciente parece traicionar a Hart y la llama «regla fundamental de reconocimiento» (basic rule of recognition)[42], unificando así su propia terminología con la de su adversario[43]. La regla de reconocimiento no es sólo una regla identificadora de las reglas primarias del sistema, sino también la regla básica del mismo, la basic rule. Su función es, en este sentido, la de dotar de validez a las reglas jurídicas que componen el ordenamiento. Dice Hart a este respecto que «decir que una determinada regla es válida es reconocer que supera todas las pruebas establecidas por la regla de reconocimiento, y por tanto como una regla del sistema. Podemos decir sencillamente que el enunciado de que una regla concreta es válida significa que satisface todos los criterios establecidos por la regla de reconocimiento»[44]. Una regla es válida cuando satisface todos los requisitos impuestos por la regla de reconocimiento, o, lo que viene a ser lo mismo, cuando satisface todos los requisitos impuestos por los criterios cuyo conjunto forma el contenido de la regla de reconocimiento. Dichos criterios determinan los requisitos para reconocer si una regla forma o no parte del sistema jurídico. Si la regla en cuestión satisface los requisitos exigidos por tales criterios, la regla es válida, lo que equivale a decir que pertenece al sis-

[42] La traducción inglesa de *Grundnorm* (norma fundamental) es *basic rule.*

[43] Ibid. p. 229

[44] Ibid. p. 100.

tema jurídico, forma parte de él. En caso contrario, si no satisface los criterios exigidos por la regla de reconocimiento, la regla en cuestión no es válida, lo que quiere decir que no forma parte del sistema. Por medio de este procedimiento de comprobar en cada caso si la regla cumple o no los requisitos exigidos por la regla de reconocimiento se consigue delimitar aquellas reglas sociales que forman parte del sistema jurídico (y, por tanto, son reglas jurídicas), de aquellas otras que, a pesar de existir como reglas sociales, no pueden ser consideradas como jurídicas, habida cuenta de que no cumplen las condiciones impuestas por la regla de reconocimiento. La función identificadora que ésta cumple se complementa con su función delimitadora (del conjunto de las reglas sociales que existen en una sociedad delimita las que forman parte del orden jurídico). Las reglas que identifica la regla de reconocimiento delimitándolas de las restantes reglas sociales son las reglas válidas del sistema.

Sostiene Hart que estas operaciones, que podríamos denominar nosotros «cálculos de validez», corresponden al punto de vista interno. Pero en ello -en nuestra opinión- no lleva razón, pues nada se opone a que dicho «cálculo» sea realizado por el observador externo. Le bastará averiguar cuál es la regla de reconocimiento en un determinado sistema jurídico, para, a continuación, incluir como pertenecientes al sistema jurídico las reglas que cumplan efectivamente los requisitos requeridos por la regla de reconocimiento, excluyendo a todas las demás. Y también podrá observar cómo de hecho realizan los operadores jurídicos y los ciudadanos esa operación de inclusión/exclusión, extrayendo de ello las conclusiones pertinentes respecto de las reglas que son válidas y de las que no lo son. Por todas estas razones, es más coherente cuando afirma que la cuestión de la existencia de la regla de reconocimiento sólo puede resolverse mediante «un enunciado externo de hecho» ya que dicha existencia es «una cuestión de hecho» (a matter of fact).

f) reglas de reconocimiento, validez y eficacia

También en este tema se manifiesta la impronta kelseniana. Hart trata de la eficacia en conexión con la validez, distinguiendo, al igual que Kelsen, los dos supuestos de la regla aislada y el sistema jurídico en su conjunto[45]. Dice Hart que «no hay una conexión necesaria entre la validez de una regla concreta cualquiera y su eficacia, a menos que la regla de reconocimiento del sistema incluya entre sus criterios... la disposición de que ninguna regla

[45] Nos referimos al Kelsen anterior a la segunda edición de *Reine Rechtslehere,* obra publicada un año antes que *The concept of Law,* y que Hart no tiene en cuenta.

será considerada regla del sistema cuando ya no sea eficaz desde hace tiempo»[46]. Habrá ocasiones en que la regla de reconocimiento establezca ese requisito, en cuyo caso la eficacia de la regla constituirá un ingrediente necesario para su validez (además de otros requisitos que tal regla deberá de cumplir, de acuerdo también con lo exigido por la regla de reconocimiento). Puesto que la regla de reconocimiento tiene un contenido variable, no siendo posible la fijación con carácter general de su contenido, habrá sistemas en los cuales dicha regla exija la eficacia como condición de validez y habrá otros en los que no. Lo más probable incluso es que haya reglas de reconocimiento que exijan ese requisito para algunas reglas del sistema, pero no para todas. La cuestión de la relación entre validez y eficacia no es susceptible, pues, de una respuesta unívoca general, sino que habrá que remitirse a la práctica generalizada del grupo para averiguar cómo funciona efectivamente ese criterio en los casos concretos de reglas particulares.

Bien miradas las cosas, el argumento de Hart es un auténtico círculo vicioso. Afirma que la regla de reconocimiento puede exigir o no exigir la eficacia como requisito de la validez de una regla. Ahora bien, como la regla de reconocimiento viene a ser la práctica generalizada de operadores y ciudadanos, para saber si una regla cualquiera es válida será preciso observar dicha práctica. La cuestión se remite, por tanto, a la práctica social, cambiante de por sí, por lo que de poco sirve tratar de teorizar el problema de la relación entre validez y eficacia. Si el grupo no acata la regla particular, es evidente que la regla no pertenece al sistema. Y viceversa, si la acata la regla es una regla válida. ¿Para qué entonces distinguir entre validez y eficacia, si la primera es, como la segunda, una mera cuestión de hecho?

La relación entre validez y eficacia, en referencia a un sistema jurídico, se resuelve en términos más claros. Para Hart, no tiene sentido hablar de validez respecto de un sistema que sea prácticamente ineficaz, que viene a ser lo mismo que decir que no existe. Podemos decir, sin embargo, que la razón es la misma que en el caso anterior: si el sistema es ineficaz lo que sucede es que la práctica general del grupo no acata las reglas, por lo que no pueden identificarse las reglas del sistema. Es la práctica generalizada de operadores y ciudadanos, nuevamente, la que proporciona el criterio último para decidir acerca de la eficacia y, por tanto, de la validez; y ello tanto respecto de la regla particular como del sistema jurídico considerado en su conjunto. Podemos concluir, por consiguiente, subrayando el relieve sociologista de este planteamiento, muestra, sin duda, de la intencionalidad de Hart de presentarnos una imagen del derecho que corresponda lo mismo a la «jurisprudencia analítica» (o teoría general del derecho) que a la «sociología descriptiva». La validez cede el paso a la eficacia (expresada mediante la práctica generalizada que la regla de reconocimiento expresa), que se

[46] *The Concept of Law,* p. 100.

eleva así a la categoría clave. Una regla es válida (o inválida) cuando la práctica muestra que lo es; y puesto que la práctica se manifiesta a través de la eficacia (o de la ineficacia), resulta claro que es ésta última el elemento determinante en último término de la validez tanto de la regla individual como del sistema jurídico en su conjunto

g) la regla de reconocimiento como regla última del sistema

Para Hart la regla de reconocimiento es la regla última (ultimate rule) del sistema jurídico en un sentido similar a como lo es la norma fundamental de Kelsen y los «principios jurídicos últimos» (ultimate legal principles) de Salmond[47]. Se parece más a este último concepto en cuanto que esa regla última que es la regla de reconocimiento tiene un contenido complejo: un conjunto de criterios organizados jerárquicamente, de tal manera que uno de ellos es el «supremo». Los «criterios» hartianos juegan un papel similar a los «principios» de Salmond, a diferencia de la norma fundamental kelseniana, cuyo contenido es unívoco e invariable («se debe obedecer al poder constituyente»).

El contenido de la regla de reconocimiento es, pues, plural: está formada por un conjunto de criterios que determinan la validez jurídica de las reglas. Ahora bien, esos criterios no son todos iguales: unos son superiores y otros, subordinados. De todos ellos hay uno que es el criterio supremo. «Podemos decir que un criterio de validez jurídica o fuente del derecho es supremo cuando las reglas identificadas por referencia a dicho criterio son reconocidas como reglas del sistema incluso en el caso de que entren en conflicto con reglas identificadas por referencia a otros criterios, mientras que las reglas identificadas por referencia a estos últimos no serían reconocidas como reglas del sistema si entraran en conflicto con las reglas identificadas por referencia al criterio supremo»[48]. Obsérvese la identificación que hace Hart entre «criterio de validez» y «fuente del derecho». Lo cual significa identificar «criterio supremo» con «suprema fuente del derecho». La regla de reconocimiento expresa los diversos criterios de validez o fuentes del derecho, pero uno de esos criterios o fuentes es el supremo, aquel que se impone a todos los demás.

La pregunta entonces surge espontáneamente: si el criterio que determina en último término la validez es el supremo, ¿por qué no admitir simplemente que dicho criterio es el que constituye el contenido de la regla de reconocimiento? ¿qué necesidad tenemos de considerar como regla de reconocimiento o regla última del sistema todo el conjunto de «criterios de va-

[47] Salmond, *Jurisprudence* (1902), 12. Ed. actualizada por R.J. Fitzgerald, London 1966, p. 111.

[48] *The Concept of Law,* p. 103.

lidez» o «fuentes del derecho» que Hart nos dice? Será el criterio supremo o la fuente suprema del sistema lo que, en definitiva, determine la validez del resto de las reglas, e incluso también de los criterios restantes que configuran la regla de reconocimiento. Introducir en la regla de reconocimiento todas las fuentes del derecho como criterios identificadores de las reglas del sistema es una operación abigarrada e innecesaria, además de inconveniente, si disponemos de un nítido criterio último que determina todo lo demás. Dicho criterio último será la «fuente del derecho suprema» de la que dependerán todas las demás fuentes del derecho y, consiguientemente, el conjunto de las reglas del sistema jurídico. Así se demuestra que no existe tanta diferencia, en este aspecto, entre la regla de reconocimiento hartiana y la norma fundamental kelseniana, puesto que la función de ambas es identificar la suprema fuente del derecho.

LAS TRAMPAS DE LA DERROTABILIDAD. NIVELES DE ANÁLISIS DE LA INDETERMINACIÓN DEL DERECHO*

Jorge L. Rodríguez y Germán Sucar
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

I. La idea intuitiva de la indeterminación del derecho y sus explicaciones teóricas

Es bastante común entre los juristas la idea de que no puede alcanzarse una solución determinada para un caso individual únicamente a partir de las normas identificables explícitamente a partir de las fuentes de derecho admitidas como válidas. En el ámbito del derecho existiría más de una solución igualmente admisible para un caso individual de acuerdo a las normas generales expresamente formuladas por el legislador, pues no podría precisarse -por una u otra razón- cuáles son todas y cada una de las excepciones a que están sujetas esas normas generales.

Se dice, por ejemplo, que sin que hayan cambiado las normas que regulan un caso, jueces distintos pueden llegar a soluciones diferentes, sin caer por eso ninguno de ellos necesariamente en error. Para ejemplificarlo con un caso extremo en el derecho argentino, la Corte Suprema de Justicia al resolver el caso «Sejean» habilitó el divorcio vincular pese a que una disposición específica de la entonces vigente ley de matrimonio civil vedaba expresamente esa posibilidad, pues consideró que la norma en cuestión resultaba inconstitucional, pese a que venía siendo pacíficamente aplicada por los jueces desde mucho tiempo atrás. Las dos interpretaciones, según esta idea intuitiva que venimos desarrollando, serían igualmente derivables del derecho vigente.

Esto ha pretendido explicarse diciendo que el derecho, las normas generales, los «conceptos jurídicos», son esencialmente «derrotables»[1]. Las

* Este trabajo es el resultado de las discusiones generadas a partir de la lectura de distintos trabajos en el Seminario de Lógica de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, dirigido por los Dres. Eugenio Bulygin y Hugo Zuleta y se ha visto enriquecido por las sugerencias de los restantes participantes, en particular y además de los dos antes mencionados, de Luis María López Taiana, Claudina Orunesu, Agustín María Iglesias, Ezequiel Schagas y Carlos Venier. Los lineamientos generales fueron inspirados por los últimos artículos del profesor Carlos E. Alchourrón, a cuya memoria van dedicadas estas líneas.

[1] La expresión «derrotabilidad», que será utilizada aquí como traducción del término inglés «defeasibility», no es muy atractiva pero nos ha parecido mejor que otros posibles candidatos, tales como el término «superabilidad» empleado por Moreso (1997).

normas jurídicas -todas o al menos algunas de ellas- resultarían sujetas a «excepciones implícitas», haciéndose referencia con esta última expresión a problemas sustancialmente distintos, que abarcan desde las deficiencias semánticas que aquejan a la formulación de las normas jurídicas hasta cuestiones concernientes a la atribución de la carga de la prueba de los hechos en el marco del proceso judicial.

El profesor Carlos E. Alchourrón, a través de distintos trabajos (1993, 1996), ha puesto de manifiesto que esta idea de la «derrotabilidad» de las normas jurídicas supone interpretar que ellas no especificarían condiciones suficientes sino meramente contribuyentes para el surgimiento de las soluciones normativas por ellas previstas. Esta interpretación tendría la problemática consecuencia de que, si todas las normas jurídicas estuviesen sujetas a excepciones implícitas, no podría a partir de ellas derivarse ninguna solución concreta respecto de un caso particular, dado que en ese caso podría justamente presentarse alguna de esas excepciones implícitas que frustran el surgimiento de la solución prevista[2].

Por ello, esta tesis de la derrotabilidad de todas las normas jurídicas, tal como se la formula, no parece viable. Esto podría hacer pensar en la plausibilidad de una versión debilitada de la misma idea: el derecho estaría compuesto por dos tipos de normas: las reglas (normas inderrotables) y los principios (normas derrotables)[3].

---

[2] Para dar cuenta del problema, el profesor Alchourrón trabajó intensamente en sus últimos artículos analizando los presupuestos de las lógicas para «condicionales derrotables». El antecedente en un condicional derrotable «p > q» consiste en un enunciado complejo de la forma «(p (~(r (s (...)) => q», es decir, si p es verdadero, y no se dan r, s, u otras excepciones no taxativamente enumerables, entonces será verdadero q, de manera que el condicional derrotable «p > q» significa que el antecedente p, conjuntamente con el conjunto de ciertos presupuestos a él asociados, es una condición suficiente del consecuente. Los condicionales derrotables no cumplen la ley de refuerzo del antecedente «(p > q) => ((p (r) > q)». Por otra parte, la necesidad de evitar inferencias de ese tipo obliga además a rechazar a su respecto la ley del modus ponens» ((p > q) (p) => q». Esta fórmula es equivalente a «(p > q) => (p => q)», de manera que si el condicional derrotable verificara la ley del modus ponens, implicaría al condicional material. Y dado que a su vez «(p => q) => ((p (r) => q)», llegaríamos por transitividad a «(p > q) => ((p (r) => q)», esto es, otra versión del refuerzo del antecedente. En consecuencia, los condicionales derrotables son conectivas debilitadas respecto del condicional material, que no satisfacen ni la ley de refuerzo del antecedente ni el modus ponens. Con ello, la pérdida de poder inferencial al emplear esta conectiva es de tal magnitud que en realidad no parece posible en base a este tipo de enunciados efectuar inferencias respecto de ningún caso particular (cf. Alchourrón 1993).

[3] Aunque se han propuesto numerosos criterios para diferenciar reglas de principios (puede consultarse al respecto Carrió 1986, Alexy 1986 y Atienza-Ruiz Manero 1996), es corriente en la literatura a partir de Dworkin sostener que entre los principios y las reglas media una diferencia de carácter lógico dada justamente por el hecho de que las reglas estipulan todas sus condiciones de aplicación mientras que los principios están sujetos a excepciones implícitas (cf. Dworkin 1986).

Pero esta versión debilitada tampoco nos parece admisible. Intentaremos demostrar que ninguno de los sentidos en que puede decirse que una norma es derrotable permite trazar una distinción tajante entre reglas y principios en el derecho. Y aun cuando fuese posible trazarla, restaría por explicar como juegan recíprocamente reglas y principios. Si no se admiten excepciones en las reglas fundadas en principios, estos últimos serían normativamente irrelevantes. Si en cambio se acepta que un principio puede introducir excepciones en una regla, entonces también ellas resultarían derrotables y por ende las consecuencias de la tesis débil serían las mismas que las de la tesis fuerte: todas las normas jurídicas generales resultarían derrotables y a partir de ninguna de ellas podrían derivarse conclusiones respecto de un caso particular.

II. Diversos sentidos de derrotabilidad del derecho

En cierto sentido, parece insensato pensar que todas las normas jurídicas establecen soluciones inderrotables. Pero también parece que en cierto sentido, ninguna norma establece soluciones inderrotables. Creemos que puede hablarse de la «derrotabilidad» en relación con el derecho alegando -al menos- cualquiera de los siguientes argumentos:[4]

1) La interpretación que se le atribuye a un enunciado normativo en un cierto momento puede ser diferente a la que se le atribuye en otro momento, de modo que la norma que él expresa pase a comprender casos que antes no quedaban comprendidos o deje de resultar aplicable a casos antes comprendidos.

2) Pueden promulgarse en el sistema nuevos enunciados normativos que desplacen a la solución normativa establecida para un caso al introducir excepciones antes no contempladas.

3) El contenido conceptual de un enunciado normativo no puede precisarse sin tomar en cuenta el contexto en el que se lo formula. Otros enunciados del sistema pueden permitir advertir excepciones respecto de la norma por él expresada (MacCormick, trabajo inédito).

4) Los enunciados normativos están siempre sujetos al problema de la textura abierta del lenguaje, por lo cual resulta ineliminable un grado mayor o menor de incertidumbre respecto a la aplicabilidad de una norma respecto de un caso particular (Hart 1948, Kelsen 1960).

[4] Intentaremos reconstruir los diferentes argumentos posibles que podrían utilizarse para justificar la idea de la derrotabilidad en el derecho. Algunos de esos argumentos han sido explícitamente sostenidos por ciertos autores, aunque no siempre bajo el nombre de derrotabilidad. Cuando corresponda se efectuará la pertinente referencia.

5) Al legislar, una autoridad normativa no puede considerar más que los casos normales, pero siempre puede pensarse en casos reales o imaginarios atípicos que merezcan por ello una solución diferenciada. Por eso las obligaciones y derechos consagrados en las normas generales deben entenderse como sujetos a excepciones implícitas (Hart 1948, MacCormick, trabajo inédito).

6) Al ser el uso primario de los conceptos jurídicos adscriptivo y no descriptivo (esto es, que no pueden validarse en función de la información fáctica venida en su apoyo) no puede por consiguiente encuadrarse los hechos dentro del alcance de éstos en términos de condiciones necesarias y suficientes. Por ello un juez, al calificar una situación mediante un concepto jurídico, como por ejemplo el de «contrato», posee un margen ineliminable de discrecionalidad. Él no describe el hecho de que algo es un contrato en función de ciertas características empíricas identificables, sino que adscribe que algo es un contrato (Hart 1948, Kelsen 1960)[5].

7) La norma general que un órgano jurisdiccional invoca como fundamento de validez de la creada por él para la resolución de un caso, no sólo sirve para convalidar esa norma individual efectivamente adoptada, sino también toda una clase de soluciones igualmente válidas (Kelsen 1960, Vernengo 1971).

8) Para determinar si alguien está obligado a hacer algo en un caso particular, es menester describir la situación en la que se encuentra. Diferentes descripciones pueden determinar diferencias en la calificación normativa. Como no hay una descripción que pueda considerarse «verdadera» o «completa», siempre es posible que una situación en la que se cree que el sujeto tiene una obligación, contenga además alguna particularidad que vuelva operativa una excepción.

9) En el punto anterior se supone información completa. Pero nuestra información acerca de la realidad es siempre incompleta. Cuando formulamos juicios normativos respecto de casos particulares, solo podemos emitir juicios derrotables puesto que mayor información podría derrotarlos.

10) Cualquier reclamo formulado ante un juez en base a lo dispuesto por una norma general puede ser derrotado por la contraparte si ella demuestra que en el caso en cuestión concurre una excepción que también encuentra

[5] Hart (1948) es quien ha sostenido esta idea de que los conceptos jurídicos son predominantemente adscriptivos. Debe aclararse que esta tesis de Hart es diferenciable de su tesis sobre la derrotabilidad de los conceptos jurídicos, la cual aunque relacionada con la primera, no se apoya en ese argumento. Por otra parte vale mencionar que este criterio es similar al expuesto por Kelsen en su teoría pura del derecho cuando se refiere al carácter constitutivo de los actos jurídicos.

apoyo en una disposición del sistema (MacCormick, trabajo inédito, Farrell 1983).

III. Algunas distinciones conceptuales relevantes para el análisis

a) En primer lugar resultaría conveniente discriminar los conceptos de formulaciones normativas, normas y proposiciones normativas. Las formulaciones normativas son textos a los que no se les ha fijado todavía totalmente su significado. En términos de la distinción hecha por Genaro Carrió (1986) entre la fuerza de un enunciado y su sentido, podríamos decir que la formulación normativa es un enunciado que ha sido comprendido como normativo (es decir como uso prescriptivo del lenguaje) pero del cual no se sabe todavía exactamente qué es lo que norma o prescribe). En otras palabras, se conoce su fuerza pero no su sentido[6].

Cuando el intérprete adjudica significado a una formulación normativa, identificando o estipulando reglas de uso definidas a sus términos componentes, ella se transforma en una norma.

Cabe advertir que en el proceso de interpretación jurídica es muy frecuente que, para fijar el significado de las formulaciones normativas, se las relacione con otras con las que se encuentra vinculada y se tenga en cuenta para esto ciertos criterios jerárquicos. Así, es posible que con más de una formulación normativa, según el significado que se les adjudique y la relación que se admita entre ellas, pueda obtenerse sólo una norma o que de una formulación normativa se extraiga más de una norma.

La norma jurídica es entonces un enunciado al que se ha fijado un cierto significado a partir de una o a varias formulaciones normativas o que es posible formular a partir de la reconstrucción realizada a partir de una o varias formulaciones normativas.

La proposición normativa es, por su parte, el enunciado singular (no universal) que afirma la existencia de una norma en un cierto sistema jurídico, interpretando la expresión «existencia» ya sea como pertenencia a un sistema, validez u obligatoriedad, vigencia o aplicabilidad. Como tal, es un enunciado del cual puede predicarse verdad o falsedad, y esa verdad o falsedad es relativa al sistema jurídico de referencia[7].

b) Distinguiremos también, tal como lo hacen los profesores Alchourrón y Bulygin (1971), entre casos genéricos y casos individuales. Si entende-

[6] Lo expresado constituye en cierta forma una simplificación, pues parece suponer que todos los enunciados presentes en un sistema jurídico son predominantemente prescriptivos. En realidad, en un sistema jurídico coexisten enunciados de especies muy diversas, como bien lo ponen de manifiesto las numerosas definiciones que suelen estar presentes en códigos y leyes.

[7] Para una crítica a la idea de que las proposiciones normativas pueden definirse como enunciados que «describen» normas puede consultarse Bayón 1996.

mos por Universo de Discurso (en adelante UD) el conjunto de todos aquellos elementos (estados de cosas) identificados por una determinada propiedad (y que define el ámbito del problema jurídico a solucionar) y por Universo de Propiedades (en adelante UP) al conjunto de todas aquellas circunstancias (propiedades) del UD que divide los elementos de éste en la clase de aquellos en que la circunstancia (propiedad) está presente y en la que no lo está, entonces se llamará caso genérico a cada una de estas propiedades, pues toda propiedad (y todo compuesto veritativo funcional que no sea ni tautológico ni contradictorio) del UP define un caso (posible). También se llamará así a todo subconjunto definido por esta propiedad. Se denominará, en cambio, caso individual a los elementos del UD, esto es, los estados de cosas que se producen en una ocasión (pudiendo por tanto ser localizados espacio-temporalmente) y que poseen la propiedad definitoria del UD[8].

Debe advertirse que, de acuerdo a esta caracterización: a) los casos genéricos pueden ejemplificarse en un número ilimitado de casos individuales; b) los casos genéricos respecto del UD son mutuamente excluyentes y conjuntamente exhaustivos, por lo que todo caso individual del UD pertenece necesariamente a uno y sólo uno de los casos genéricos determinados por un UC. De ahí que la solución de todos los casos genéricos de un UC solucione también todos los casos individuales del UD.

c) De acuerdo al criterio utilizado por Alchourrón y Bulygin (1976), también distinguiremos los conceptos de orden jurídico y sistema jurídico, definiendo al primero como una secuencia temporal de sistemas jurídicos y al segundo como un conjunto finito de enunciados que comprende todas sus consecuencias lógicas y entre las cuales hay al menos una norma que impone una sanción (como puede apreciarse, en el sistema jurídico así definido puede haber enunciados que no sean normas y también normas que no establezcan sanciones). La unidad de la secuencia del orden jurídico está dada por la identidad de los criterios usados para la identificación de los conjuntos normativos que forman parte de esa secuencia, mientras que la identidad de cada sistema está dada por la identidad de sus elementos.

Conforme a lo expuesto, el concepto de orden jurídico hace referencia a un proceso dinámico en el sentido de que los conjuntos de normas que lo conforman están sujetos a cambios en el tiempo como consecuencia de la promulgación de nuevas normas o por la derogación o modificación de las

[8] En realidad entenderemos por caso individual no el propio estado de cosas sino una descripción de un cierto estado de cosas, en razón de que dos descripciones distintas de un mismo estado de cosas pueden determinar que éste resulte subsumible en casos genéricos diversos.

ya existentes. El sistema jurídico, en cambio, hace referencia a un momento estático en esa secuencia.

Debemos precisar que estas nociones se aplican a conjuntos de normas en el sentido que se ha explicitado supra, esto es que no se aplican ni a las formulaciones normativas, ni a las proposiciones normativas.

d) Finalmente, distinguiremos como lo hace P.G. Baker (1977), entre decisión no revisable e infalible. Muchas veces se confunde el hecho de que las decisiones de los órganos jurisdiccionales no pueden, a partir de cierta instancia, ser revisadas como consecuencia del principio de cosa juzgada, con el hecho de que ellas son siempre correctas, esto es, que los órganos no se equivocan en sus decisiones. Es evidente que éstos son conceptos totalmente distintos y lógicamente independientes. En este sentido, las decisiones de los órganos creadores o aplicadores de normas jurídicas no son revisables a partir de cierta instancia, pues en algún punto debe finalizar la disputa para que el derecho pueda cumplir su función de dirimir conflictos. Sin embargo, ellas no son infalibles puesto que pueden no ser correctas, en el sentido de no derivarse en los aspectos relevantes de las normas superiores que autorizan su creación o aplicación. Desde este punto de vista puede decirse que el concepto de «validez» opera como criterio de corrección de la creación o aplicación de normas.

IV. ¿Son derrotables las normas jurídicas?

Los sentidos 1) y 2) explicitados en el apartado II, conciernen ambos a la configuración de los casos genéricos. Si tomamos en cuenta las distinciones conceptuales introducidas, estamos aquí en presencia de:

a) una modificación de la interpretación atribuida a alguna de las formulaciones normativas que, una vez interpretadas, van a formar parte del sistema;

b) una modificación de la jerarquía que se atribuye a una norma frente a otra que consagra una solución lógicamente incompatible, lo cual puede ser entendido como un caso particular de cambio de interpretación;

c) la introducción de nuevos enunciados o eliminación de alguno de los existentes en un sistema mediante actos de creación o derogación de normas.

Es claro que en la situación c) lo que ocurre es que aparece un nuevo sistema dentro de la secuencia de sistemas que configura un mismo orden jurídico. En los casos a) y b) ocurre algo similar, sólo que de una forma menos evidente: también hay un cambio de sistema ya que con cada interpretación de las formulaciones normativas y de sus criterios de jerarquía se construye un sistema de normas distinto, pues sólo cabe hablar de sistema una vez que contamos con un conjunto de normas identificado. Antes de ello no hay más que un conjunto de formulaciones a las que todavía no se les ha fijado completamente su significado.

En ninguno de los sentidos expuestos (1 y 2) puede establecerse una diferencia cualitativa entre reglas y principios, dado que se trata en ambos casos de problemas que afectan a cualquier enunciado de un sistema jurídico. Tampoco corresponde propiamente hablar aquí de derrotabilidad de las normas jurídicas, sino en todo caso de derrotabilidad en la configuración del sistema. Vale decir que la indeterminación de la que se pretendería dar cuenta con estos argumentos no es algo que pueda predicarse de un sistema de normas tal como ha sido definido aquí, sino solamente de los procedimientos mediante los cuales un sistema se construye o se modifica. Pero una vez construido éste, no hay indeterminación ninguna en los sentidos apuntados.

El sentido 3) se vincula con la reconstrucción racional de un sistema jurídico. La determinación del significado de una formulación normativa depende del significado que se atribuya a las restantes formulaciones del sistema y de las relaciones de preferencia que se establezca entre las normas resultantes de tales interpretaciones. La interpretación es un proceso: el significado atribuido en principio a un enunciado normativo puede resultar a posteriori revisado incorporando excepciones inicialmente no contempladas, en la medida en que se avanza en la interpretación de otros enunciados del sistema. Ahora bien, como el conjunto de los enunciados que componen un sistema jurídico positivo es finito, podría pensarse que por este proceso puede llegarse a la identificación de todas las excepciones, de modo que el producto final de la interpretación constituirá un sistema de reglas, de normas inderrotables. Sin embargo, contra esto pueden alegarse al menos dos objeciones. La primera, que subyace en el pensamiento de muchos autores, es que para interpretar los enunciados de un sistema jurídico hay que tomar en consideración «principios morales». Esta idea nos parece cuanto menos poco clara: si esos principios morales han sido receptados en enunciados que integran el sistema, la objeción se desvanece. Si en cambio lo que se quiere significar es que las soluciones normativas derivables del sistema pueden resultar derrotadas en virtud de excepciones fundadas en normas morales extrasistemáticas, esto se limita a poner de manifiesto que no siempre las soluciones normativas de un sistema jurídico resultan moralmente admisibles; que el contenido normativo de un sistema jurídico puede ser cuestionado desde el punto de vista de otro sistema normativo -un cierto sistema moral-, lo cual es obviamente correcto, pero no constituye una objeción contra la posibilidad de identificar las normas que integran el sistema jurídico en cuestión, ni para alegar que éste sea en algún sentido «indeterminado».

La segunda objeción es mucho más seria: para identificar todas las excepciones a que puede estar sujeta la solución normativa correlacionada con un caso sería menester contar con una ordenación completa de todas las

normas, de manera tal que frente a cualquier par de ellas que establezcan soluciones incompatibles para casos independientes exista un criterio de preferencia preestablecido que haga prevalecer a una sobre otra.

Es aquí donde ciertos autores (Atienza y Ruiz Manero, 1996) trazan una distinción cualitativa entre reglas y principios jurídicos, sosteniendo que un sistema jurídico está compuesto por ambos elementos. Los principios serían aquellas normas del sistema entre las cuales no existen criterios de preferencia generales preestablecidos, mientras que las reglas serían normas entre las cuales median criterios de preferencia generales preestablecidos. Y ¿cómo se interrelacionan reglas y principios? Pues bien, las reglas se aplicarían siempre y cuando no sean desplazadas por un principio. Esto supone considerar que en los sistemas jurídicos la ordenación entre las normas que lo componen es incompleta. Reglas (normas inderrotables) son aquellas normas respecto de las cuales puede determinarse su relación jerárquica con todas las restantes; principios (normas derrotables) son aquellas normas respecto de las cuales existe al menos una norma en el sistema con la cual no tiene una relación de preferencia predeterminada.

Aunque nada obsta a distinguir estos dos elementos del modo indicado, no parece que las reglas y los principios así diferenciados posean todas las características que de ellos suelen predicarse en la literatura corriente sobre el tema. Por lo pronto, no parece funcionar la idea de que en la mayoría de los casos las reglas son aplicables y sólo en casos excepcionales se deben ponderar principios, porque la identificación de una regla según este criterio resultaría algo por demás excepcional. Más bien nos inclinamos a pensar que en este sentido uno debería considerar como derrotables a todas las normas, pues nunca se podría estar seguro de que no exista en el sistema otra norma que consagre una solución incompatible y respecto de la cual no medie una preferencia preestablecida.

Pero por cierto que en realidad correspondería hablar aquí de derrotabilidad en la interpretación de las formulaciones normativas, o más bien, de derrotabilidad de nuestras creencias acerca de qué normas integran el sistema, pero no de derrotabilidad de las normas jurídicas mismas.

Podría plantearse todavía el problema de que, si de acuerdo al sentido 3) la interpretación de cualquier formulación normativa resulta derrotable, nunca podría a partir de ellas llegarse a soluciones concluyentes respecto de ningún caso particular. Éste es un problema sobre el cual volveremos más adelante.

En el sentido 4) (textura abierta, derrotabilidad en la aplicación de una norma general), concerniente a la subsunción de un caso individual en los casos genéricos del sistema, cabe decir que no es un defecto específico de los conceptos jurídicos el tener un grado de vaguedad que permite cierta

discrecionalidad en su aplicación a uno o varios objetos o estados de cosas, sino que es un problema de todos los conceptos no formales. Decir que la aplicación de una norma general es derrotable por la razón expuesta no sirve para da cuenta de ninguna característica o problema especial de las normas jurídicas, por lo que no se advierte el objeto que tendría introducir esta denominación.

También resulta claro que no puede fundarse sobre esta base ninguna distinción cualitativa entre reglas y principios pues todas las normas jurídicas contienen términos para cuya aplicación respecto de casos particulares no pueden especificarse sus condiciones suficientes, sino meramente condiciones contribuyentes.

El sentido 5) puede diferenciarse del anterior en el hecho de que aquí no se predica derrotabilidad de la aplicación de ciertos términos contenidos en los enunciados que expresan normas, sino directamente de la configuración de los casos a los que se correlacionan soluciones normativas distintas.

El profesor Bayón sostiene, respecto de las normas morales, que el proceso de reformulación e incorporación de excepciones a su respecto no puede darse nunca por completado. Cuando se trata de decidir cuestiones morales sería preciso enjuiciar la relevancia o irrelevancia de cualquier elemento de juicio del caso concreto, no pudiendo apelarse a una regla preconstituida que declare irrelevantes todas las características de la situación distintas de las que componen ya una lista cerrada.

Una regla (entendida como norma inderrotable) expresaría la obligatoriedad de todo acto individual en el que concurran las propiedades que en ella se reputan relevantes, sean cuales sean el resto de las circunstancias concurrentes, de modo que se declara de antemano irrelevantes cualesquiera circunstancias que puedan darse en el supuesto concreto que se evalúa. Aceptar una regla semejante sólo sería racional, en opinión de Bayón, si el sujeto hubiese considerado todas las situaciones posibles en las que, entre otras, se dan las propiedades en cuestión y hubiese juzgado que en todas ellas se debe actuar del mismo modo pues el resto de las características o descripciones posibles son moralmente irrelevantes. No siendo así -y sería materialmente imposible que lo fuese- su aceptación de esa norma como una regla supondría renunciar de antemano a evaluar todas y cada una de las circunstancias adicionales del caso concreto, renuncia que considera como una forma de irracionalidad (Bayón 1991: 346-353).

Podría pensarse en proyectar estas ideas al campo del derecho. Supóngase en un sistema jurídico una norma que establece la obligatoriedad de realizar el acto A en toda circunstancia en la que se da la propiedad P. ¿Significa ello que si concurre en un caso P otra propiedad, ella resulta irrelevante? No. En primer lugar la relevancia de una propiedad P respecto de un

caso implica la irrelevancia de toda otra propiedad si el sistema es coherente. Si en el sistema hay otra norma que correlaciona una solución normativa lógicamente incompatible con todos aquellos casos en los que se presente una propiedad Q, un caso que pueda ser descripto al mismo tiempo como P y Q resultará incoherentemente normado. Como Bayón tiene en mente en el argumento precedente normas morales, y la idea de un sistema moral con normas incoherentes parece contraintuitiva, es lógico que presuponga coherencia. Pero la posibilidad de normas jurídicas incoherentes no puede descartarse.

Hay no obstante un sentido en el que la atribución de relevancia a ciertas propiedades por parte del legislador implica la irrelevancia de cualquier otra propiedad. Pero en el sentido indicado esto no tiene nada de irracional, a pesar de lo persuasivo de los argumentos de Bayón. Supongamos que un sistema jurídico es coherente y que en él existe una norma que correlaciona cierta solución normativa S1 a un caso definido por una propiedad P. La propiedad P en cuestión será relevante en la medida en que los casos no P no estén también correlacionados con la solución S1 -sea porque están correlacionados con una solución normativa distinta o porque no están correlacionados con ninguna. Si otra propiedad Q cualquiera fuese relevante, o bien se generarían contradicciones que por hipótesis no existen, o bien los casos no P también estarían correlacionados con la solución S1, con lo cual la propiedad P no sería relevante. Podría entonces concluirse que Q tiene que ser irrelevante. Ahora bien, supongamos que el legislador ha considerado expresamente a la propiedad Q y ha decidido correlacionar tanto a los casos Q como a los no Q con la misma solución normativa. La propiedad Q será entonces irrelevante. Pero si dicha solución es distinta de S1, el sistema resultaría incoherente al menos en los casos P Q y P no Q, y si dicha solución es S1, si los casos no P estaban correlacionados con una solución normativa distinta de S1, se producirán contradicciones en tales casos y si los casos no P no estaban correlacionados con ninguna solución, resultarán ahora correlacionados con la solución S1, con lo cual P sería irrelevante. En conclusión, bajo el supuesto de coherencia, Q no puede ser relevante ni tampoco irrelevante en el sentido indicado, esto es, en el sentido de que el legislador ha considerado la propiedad Q y ha correlacionado la misma solución normativa tanto a los casos Q como a los no Q[9].

De esto se sigue que hay al menos dos sentidos distintos en que puede decirse que una propiedad es irrelevante: en sentido positivo, cuando la au-

[9] En el texto se suponen, a fin de simplificar la exposición, soluciones normativas maximales, esto es, aquellas que califican como obligatorio, prohibido o facultativo un acto. Pero el argumento puede sostenerse igualmente sin esta presuposición.

toridad normativa considera una propiedad y decide correlacionar tanto los casos en que ella está presente como los casos en que ella está ausente con la misma solución normativa, y en sentido negativo, cuando el legislador no ha tomado en cuenta la propiedad en cuestión.

En el argumento de Bayón parecen confundirse ambos sentidos de irrelevancia. Es correcto que resultaría imposible que una autoridad normativa considerase por anticipado toda propiedad imaginable a fin de determinar si ella merece ser considerada normativamente relevante. Sólo tiene en sus manos la posibilidad de calificar como relevantes ciertas propiedades. Pero para atribuir relevancia normativa a una propiedad P, debe establecer para todos los casos de ocurrencia de P soluciones normativas diferenciadas respecto de todos aquellos en los que P no se verifica. Si sólo algunos casos P tuviesen una solución normativa distinta a la de algunos casos no P, no habría ninguna garantía de que P es normativamente relevante. Interpretar las normas jurídicas como reglas, esto es, como normas inderrotables, no implica declarar por anticipado irrelevante en sentido positivo a cualquier otra propiedad que no haya sido declarada expresamente relevante. Pero si implica que cualquier otra propiedad imaginable que no haya sido considerada expresamente por la autoridad normativa como relevante o irrelevante en sentido positivo, será irrelevante en sentido meramente negativo. Esta consecuencia es trivial, por lo cual no es cierto que solo sería racional si se hubieran considerado todas las situaciones posibles en las que, entre otras, se dan las propiedades en cuestión y se hubiese juzgado que en todas ellas se debe actuar del mismo modo, lo que en todo caso sería exigible para la irrelevancia positiva.

El sentido 6) en el que podría decirse que las normas son derrotables, puede ser superado si se toma en cuenta la distinción entre no revisabilidad e infalibilidad de las decisiones emanadas de los órganos jurisdiccionales. Es cierto que un órgano puede establecer de manera definitiva (es decir, sin que pueda revisarse con posterioridad) la ocurrencia o no de cierto hecho jurídico. Pero esto no implica que lo que haya dictaminado sea correcto, es decir, que se derive válidamente del conjunto de normas vigentes. El órgano puede darle eficacia a una solución que no se derive válidamente del sistema jurídico, y ello todo lo que significa es que los jueces pueden equivocarse o ser arbitrarios sin que ello pueda remediarse en virtud del principio de cosa juzgada.

Por otra parte, el hecho de que el enunciado dictado por el órgano sea adscriptivo y no descriptivo, no implica que para dictar la norma individual no deba previamente, de acuerdo a lo estipulado por las normas generales, corroborar si se da o no el caso previsto por ellas.

En el sentido 7) deben distinguirse los fundamentos en virtud de los cuales se adopta la tesis. Kelsen (1960) ha sostenido una idea semejante alegando como fundamento la vaguedad o ambigüedad de las normas o la existencia de una contradicción entre ellas. A cada uno de estos ítems ya hemos hecho referencia, de manera que no se trataría de un sentido diferenciable de alguno de los anteriores. El profesor Vernengo (1971) ha sostenido algo parecido en base a la distinta extensión lógica que poseen la norma general y la particular. De ser esta la idea, cabría responder que del hecho de que un enunciado tenga distinta extensión lógica que otro porque el primero es más general que el segundo, no se sigue que no pueda determinarse si un cierto caso individual está o no comprendido dentro de la extensión de un cierto caso genérico.

El sentido 8) creemos que constituye un típico pseudo-problema: en el derecho no se describen los hechos de cualquier modo, sino sólo tomando en cuenta las propiedades que han sido consideradas relevantes por el legislador para atribuir soluciones normativas diferenciadas.

El sentido 9) se vincula específicamente con la identificación de los casos individuales. Podría hablarse aquí de derrotabilidad del caso individual, ya que parece claro que no se trata de un problema de las normas generales. Y si bien ésta es una genuina dificultad, las reglas secundarias que establecen presunciones probatorias y aquellas que distribuyen la carga de la prueba entre las partes parecen bastar para eliminarla en la práctica. Analizaremos esto conjuntamente con 10), ya que ambos problemas se encuentran íntimamente vinculados.

El sentido 10) es lo que podríamos denominar -siguiendo una idea sugerida por el profesor Alchourrón (1991)- derrotabilidad procedimental o derrotabilidad de las pretensiones fundadas en normas generales. Supongamos un enunciado jurídico que establece «el comprador está obligado a pagar el precio convenido por la cosa adquirida». A primera vista podría representarse el significado de este enunciado como «A => OB»[10]. No obstante, seguramente un análisis cuidadoso permitirá advertir que la obligación de pagar el precio por parte del comprador no surge en todos los casos, sino que existen ciertas excepciones resultantes de lo previsto en otras normas del sistema. Suponiendo por hipótesis que se pudieran especificar todas las excepciones, y que en este caso en concreto sólo encontráramos dos, se obtendría una regla que rezaría «(A. ~C. ~D) => OB».

[10] Para representar la idea de una norma general en cuanto a las circunstancias, Alchourrón hizo uso del condicional estricto «=>», el cual puede interpretarse como la cuantificación universal (en relación a las circunstancias) de un condicional material (cf. Alchourrón 1993). Una expresión como «A => OB» debería pues interpretarse como «bajo toda circunstancia en la que se de A, es obligatorio realizar el acto B».

Ahora bien, supóngase que el vendedor pretende que un juez condene al comprador a pagarle por lo que le vendió. Él no está obligado a probar que cierto sujeto le compró algo y además que no concurren en el caso ninguna de las excepciones que podrían derrotar la obligación del comprador de pagar el precio convenido. De acuerdo con las reglas procedimentales que distribuyen la carga de la prueba, sólo está obligado a probar A (por cierto que podría ocurrir que según tales reglas el actor tuviese que probar que ciertas condiciones negativas han quedado satisfechas). La verificación de alguna de las excepciones queda en cabeza del demandado. De manera que las reglas secundarias dirigidas al juez dirán algo así como:

R1: P(x, A). ~P(y, (C v D)) => OB R2: P(y, (C v D)) => ~OB

Esto es, si x prueba A e y no prueba C o D, es obligatorio B; si y prueba C o D, no es obligatorio B. Toda pretensión jurídica resulta, en este sentido, procedimental mente derrotable, pues puede ser derrotada si la contraparte alega y prueba que se ha verificado una excepción (cf. Alchourrón 1991). Hay quienes hablan en este sentido de tener un «caso prima facie» (Farrell 1983): una parte tendría un caso prima facie contra otra cuando las pruebas en su favor son suficientemente fuertes como para que se convoque a su opositor a que comparezca; un caso prima facie es aquél establecido sobre pruebas suficientes y que pueden rebatirse sólo con pruebas aducidas por la otra parte.

Existe una gran semejanza entre este análisis y el funcionamiento de las denominadas «lógicas default». En un trabajo reciente del profesor Carnota se lee:

«Consideremos el cuerpo legal total en un momento y país dado. Las premisas para que el juez resuelva el pago de un siniestro por parte de una compañía de seguros están todas estipuladas de un modo u otro. Sin embargo el juez resuelve el caso verificando algunas de esas premisas y dejando a la parte demandada el trabajo de presentar pruebas para las otras (por ejemplo una condición de excepcionalidad que invalida el pago). Mientras la compañía no presente pruebas, el juez supone por defecto que dichas condiciones de excepcionalidad no existieron y, si se verifican las premisas principales, concluye que debe pagarse. En este caso, si bien son conocidas todas las posibles excepciones, su verificación completa resulta muy costosa. Las condiciones que surgen son derrotables, en el sentido de que la presentación de pruebas que contraríen la asignación por defecto, significara su retractación.» (Carnota 1995).

Que quede claro que no estamos diciendo que el razonamiento del juez sea default (lo que significaría tanto como decir que el razonamiento jurídico es no monótono, idea que no compartimos), sino que las reglas secundarias del sistema operan como reglas default. En otras palabras, no es que

el juez «suponga por defecto» que las excepciones no existieron, tal como sostiene Carnota, sino más bien que hay reglas en el sistema que obligan al juez a suponer que no existieron.

Pero además, parece que la consideración de este juego entre reglas primarias y secundarias permite también obviar el problema comentado en c), que es -junto con la derrotabilidad procedimental- uno de los que más preocupa a quienes hablan de derrotabilidad en el derecho y a quienes ponen énfasis en la distinción reglas-principios.

El procedimiento funciona incluso aunque no sean conocidas todas las excepciones, aunque las premisas para que el juez resuelva el caso no se encuentren «todas estipuladas de un modo u otro». Puede pensarse que cualquier norma de un sistema jurídico resulta derrotable en virtud de encontrarse sujeta a las posibles excepciones implícitas que resulten de otras normas que, aunque sean identificables, no posean una ordenación preestablecida respecto de la norma en cuestión. Pero en tal caso, para analizar como hace un juez para arribar a una solución respecto de un caso particular también hay que considerar las reglas secundarias de distribución de la carga de la prueba. Tendríamos en tal caso un sistema como el siguiente:

R1': P(x, A). ~P(y, (C v D v...)) => OB

R2': P(y, (C v D v...)) => ~OB

según el cual, si x prueba A e y no prueba C, D u otras excepciones implícitas, entonces es obligatorio B, mientras que si y prueba alguna de tales excepciones, no resultara obligatorio B.

En los casos ordinarios, una de las partes en un proceso judicial acredita ciertos extremos, y la otra o bien no alega ninguna excepción, o si lo hace, ésta surge claramente de una norma jerárquicamente superior (como sería en nuestro ejemplo si el demandado alegara y luego pudiera acreditar la ocurrencia de C o D). Con independencia de que en el caso en cuestión concurran otras circunstancias que podrían haber sido alegadas por la demandada como excepciones, el juez puede inferir una solución concluyente para el caso ya que lo que puede resultar materia de discusión ha quedado acotado por lo alegado y probado por las partes. En ciertos casos el demandado alega como excepción una circunstancia que está correlacionada con una solución normativa incompatible por otra norma, pero respecto de la cual no hay ordenación preestablecida con la norma en la que se funda el actor. Entonces el juez deberá decidir primero a cuál de las dos soluciones normativas dará preferencia, lo que significa un margen mayor de discrecionalidad que en el supuesto anterior. Pero una vez hecho esto también puede derivar una solución concluyente para el caso.

Lo importante es que en ambos supuestos, paradójicamente, una especie de derrotabilidad compensa otra derrotabilidad: la derrotabilidad proce-

dimental anula los aparentes devastadores efectos de la derrotabilidad en la interpretación de las formulaciones normativas del sistema.

En el sentido precedentemente expuesto es entonces viable decir que cualquier pretensión jurídica resulta procedimentalmente derrotable. Pero debe quedar claro que ello no significa que el derecho sea indeterminado, sino que por el contrario, las reglas de procedimiento constituyen mecanismos tendientes a acotar el marco de indeterminación resultante de la derrotabilidad en la interpretación de las formulaciones normativas.

V. Conclusiones

1.- No tiene objeto hablar de derrotabilidad del derecho o de las normas jurídicas en general, dado que no parece ser un término con ningún alcance explicativo genuino.

2.- Hemos intentado distinguir algunos de los sentidos en los que podría predicarse derrotabilidad con relación al derecho, poniéndose de manifiesto que no existe entre ellos un núcleo común de significado, sino que responden a un conjunto muy diverso de problemas. En todo caso, sólo entre algunos de esos sentidos parece haber cierto parecido de familia.

3.- Nuestro análisis no pretende negar que en la resolución de conflictos a partir de normas generales exista un margen mayor o menor de indeterminación. No obstante esa indeterminación resulta de razones muy diversas que consideramos de la mayor importancia diferenciar.

4.- En ninguno de los sentidos analizados parece poder justificarse una diferencia -ni cualitativa ni siquiera de grado- entre dos componentes distintos del derecho, reglas y principios.

5.- Los sistemas jurídicos proveen mecanismos específicos para morigerar en parte la relativa indeterminación que resulta de no poder identificar de antemano todas las excepciones a que está sujeta una norma en virtud de no contarse con una ordenación completa entre todas las normas del sistema. Se trata de las reglas secundarias que regulan el proceso judicial y que, fundamentalmente a través de la atribución diferenciada de la carga de la prueba y las presunciones de prueba, limitan los puntos de discusión y resuelven los casos de duda acerca de la verificación de un hecho.

La idea de que el derecho es esencialmente indeterminado o «derrotable» es una idea tan común como equivocada. ¿A qué se debe tanta persistencia en sostener una postura que posee una desproporción tan grande entre sus pretendidas devastadoras consecuencias y su escaso o nulo poder explicativo? ¿Acaso no será que se ha convertido en un cliché común por la rápida adhesión que produce y porque finalmente nos ahorra el trabajo de proponer un esquema teórico realmente explicativo? ¿No será que decir que el derecho es derrotable es la mejor manera de eludir el trabajo de lo-

calizar metódica y analíticamente la naturaleza de una cantidad muy diversa y compleja de problemas?

En suma, creemos que si este planteo resulta tan atractivo es porque deviene incontestable, dada la vaguedad con que se lo formula. Pero una vez que se estudia con cuidado el tipo de situaciones a las que con él se hace referencia, se revela sin sustento alguno. El concepto de derrotabilidad es tramposo puesto que en apariencia se presenta como revelador de ciertas características esenciales y ocultas del derecho, cuando en realidad sólo nos ofrece un panorama confuso. Sin embargo, si hemos creído importante discutirlo es porque entendemos que no es una tarea menor de la filosofía el desenmarañar nudos conceptuales.

Bibliografía

Alchourrón, C. «Condizionalità e rappresentazione delle norme giuridiche», en A. Martino y E Socci Natale (eds.), *Analisi Automatica dei Testi Giuridici,* Milan, Giuffrè Editore, 1988.

- «Defeasibility», inédito, escrito en 1991.
- «Philosophical Foundations of Deontic Logic and the Logic of Defeasible Conditionals», en J. Meyer y R. Wieringa, *Deontic Logic in Computer Science: Normative System Specification,* Wiley & Sons, 1993.
- «Detachment and Defeasibility in Deontic Logic», en *Studia Logica* 57, 5-18, 1996.

Alchourrón, C. y Bulygin, E. *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales,* Buenos Aires, Astrea, 1975, título original: Normative Systems, Viena, Springer-Verlag, 1971, traducido por los autores.

- «Sobre el concepto de orden jurídico», en *Crítica,* Vol. VIII, Nº 23, 1976.

Alexy, R. *Teoría de los derechos fundamentales,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, título original: Theorie der Grundrechte, Suhrkamp, Verlag, 1986, traducido por E. Garzón Valdés.

Atienza, M. y Ruiz Manero, J. «Sobre principios y reglas», en *Doxa 10,* 1991.

- *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Barcelona, Ariel, 1996.

Baker, P. «Defeasibility and Meaning», en P. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, Morality and Society,* Oxford, Clarendon Press, 1977.

Bayón, J. *La normatividad del Derecho: deber jurídico y razones para la acción,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

- «Proposiciones normativas e indeterminación del derecho», ponencia presentada en el Congreso de Vaquerías (Córdoba), 1996.

Bulygin, E. «Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos», en *Doxa 9,* 257-280, 1991.

Carnota, R. «Lógica e inteligencia artificial», en C. Alchourrón, J. Méndez y R. Orayen (eds.), *Lógica. Enciclopedia Ibero-americana de Filosofía,* Oviedo, Universidad de Oviedo, 1995.

Carrió, G. «Principios jurídicos y positivismo jurídico», en *Notas sobre derecho y lenguaje,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 3ra edición, 1986.
Dworkin, R. *Los derechos en serio,* Barcelona, Planeta-Agostini, 1993, título original: Taking Rights Seriously, 1977, traducido por M. Guastavino.
- «Hart's Posthumous Reply», manuscrito, New York University, 1994.
Farrell, M. «Las obligaciones jurídicas como obligaciones prima facie», en E. Bulygin et al (comps.), *El lenguaje del derecho. Homenaje a Genaro R. Carrió,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.
Hart, H. «The Ascription of Responsibility and Rights», en *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-49, reimpreso en A. Flew (ed.), Logic and Language, Oxford, Basil Blackwell, 1960.
Keisen, H. *Teoría Pura del Derecho* (segunda edición), México, UNAM, 1979, título original: Reine Rechtslehre, Viena, 1960, traducido por R. Vernengo.
MacCormick, N. «Defeasibility in Law and Logic», en Z. Bankowski, I. White, U. Hahn (eds.), *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning,* Dordrecht, Kluwer, 1995.
- s/r «Defeasibility», inédito.
Moreso, J. «El encaje de las piezas del derecho», inédito, 1997.
Navarro, P. «Sistema jurídico, casos difíciles y conocimiento del derecho», en *Doxa 14,* 1993.
Raz, J. «Legal Limits and the Principles of Law», en *The Yale Law Journal* 81, 823-854, 1972.
Rodríguez, J. «La derrotabilidad de las normas jurídicas. Respuesta a J. C. Bayón», inédito, 1996.
Schauer, F. *Playing by the Rules,* Oxford, Oxford University Press, 1991.
Vernengo, R. «Conocimiento e interpretación del derecho», en *La Ley,* tomo 146, pág. 1125 y ss, 1972.

¿DERECHOS HUMANOS O DERECHOS LIBERALES?

José Rubio-Carracedo
Universidad de Málaga (España)

El alcance y la significación de los derechos humanos sigue siendo materia controvertida. Significan, sin duda, la aportación más valiosa de Occidente a la humanidad. Pero, ¿hasta qué punto son aplicables al conjunto de los países fuera de los que comparten el régimen democrático? Y, en el caso de que la respuesta sea positiva, ¿no será precisa una laboriosa, y siempre problemática, traducción e interpretación de los mismos a las categorías socioculturales de cada país? Porque lo cierto es que el origen de los derechos humanos en Occidente puede remontarse, al menos, hasta el cristianismo, pero su formulación actual y su vigencia procede de las revoluciones liberales -esto es, burguesas- del siglo XVIII. Es más, durante el siglo XIX y principios del XX, la doctrina de los derechos humanos quedó oscurecida tras los pliegues del estatalismo, y posteriormente burlada en los regímenes totalitarios; sólo tras la segunda guerra mundial, que significó el triunfo genérico de los regímenes democráticos sobre los regímenes totalitarios, con la solemne Declaración Universal de 1948, se ha iniciado la era efectiva de los derechos humanos en occidente y los primeros intentos para su universalización. En definitiva, para que los derechos humanos se hagan efectivamente derechos civiles y políticos jurídicamente reconocidos.

Ahora bien, lo menos que se puede decir es que tales intentos de universalización, por lo general en el marco institucional de las Naciones Unidas, han sido tan torpes como poco efectivos. Porque se ha pretendido universalizar no sólo el espíritu sino también la letra occidental de los derechos humanos. Ello ha significado, en la práctica, un intento de universalizar, conjuntamente con los derechos humanos, las categorías e instituciones del liberalismo en todo el planeta, esto es, la «occidentalización» del mundo. Tal intento no sólo ha fracasado, sino que ha provocado los reproches de imperialismo cultural y de capitalismo etnocéntrico y, lo que es peor, ha provocado la confusión y el prejuicio generalizado de que los derechos huma-

nos también son solamente categorías y conceptos del liberalismo occidental, que sólo en su ámbito encuentran sentido, y que no resulta legítimo extender fuera de sus fronteras socioculturales.

El clima de confusión ha alcanzado también a Occidente, sobre todo con la eclosión de la postmodernidad en Europa y del comunitarismo en los Estados Unidos. Hasta el punto de que ha llegado a ponerse de moda la consideración de que los derechos humanos son meramente derechos liberales, ya que se corresponden con una mentalidad individualista y una concepción atomista de la sociedad propias y características del liberalismo occidental. No resultaría, pues, legítimo el intento de universalizarlos ni siquiera vía traducción e interpretación sociocultural. Esta situación de asedio interno a los derechos humanos ha condicionado, a su vez, propuestas minimalistas o rebajadas en los autores que todavía mantienen la significación y el alcance universalista de los valores humanos en sí mismos, independientemente del ropaje o la envoltura liberal. Probablemente estos intentos, por insatisfactorios que resulten todavía, marcan el rumbo a seguir en el futuro: los derechos humanos tienen un alcance y una significación universal pero con la condición fundamental de que se desprendan de la letra liberal para que su espíritu pueda ser traducido e interpretado en las categorías y valores de cada cultura, ofreciendo así la posibilidad de que efectúen en tales países una revolución humanista semejante a la que provocaron en Occidente. Obviamente, tal proceso de transculturación resulta sumamente difícil de realizar desde las categorías liberales vigentes; se precisa más bien un laborioso esfuerzo cooperativo, tanto intelectual como institucional, en el que resultará decisiva la participación de los mismos destinatarios.

a) los derechos humanos como derechos aristocráticos para todos los ciudadanos

En un texto reciente, M. Walzer[1] ha apuntado la idea de que el principio fundamental que rige la esfera política, esto es, que «el poder únicamente puede ser obtenido y mantenido con el consentimiento de los gobernados», es anterior a la democracia moderna, pues ya estaba vigente en la monarquía medieval, aunque el consenso de los gobernados se limitaba unos pocos, a la nobleza. La esencia de las revoluciones democráticas consistió, a su juicio, en reemplazar a esos «pocos» por «todos» los gobernados. Por lo mismo, el ideal del ciudadano moderno se moldeó sobre el modelo aristocrático, al tomar del mismo los derechos que prestan significación a su consentimiento, así como el elenco de actividades y el espacio social. Consiguientemente -añado yo- los derechos humanos se moldearon

[1] M. Walzer, Moralidad en el ámbito local e internacional. Madrid, Alianza, 1996, 85ss.

igualmente sobre los derechos aristocráticos, los que los nobles siempre tuvieron: derecho de petición, de reunirse en asamblea, de expresión, de conciencia (religiosa) y hasta de privacidad (siguiendo la máxima «mi casa es mi castillo»).

En efecto, cuando se estudian desde esta óptica las Declaraciones de Derechos revolucionarias se percibe claramente el celo burgués-ciudadano por enumerar exhaustivamente todos los derechos de la nobleza para no renunciar ni a uno sólo de los mismos. El ejemplo más claro lo ofrece, sin duda, el Bill of Rights de 1689 con el que culmina la «Revolución Gloriosa» británica y el establecimiento de la primera monarquía parlamentaria moderna. Pero lo más llamativo es que, al menos en lo que respecta a garantizar las libertades, el Bill of Rights de 1689 enlaza histórica y doctrinalmente con la Magna Charta de 1215, con la Petition of Right de 1628 y el Habeas Corpus Act de 1679. Como ha hecho notar M. Fioravanti[2], la Magna Charta no puede confundirse con los contratos simples de dominación que se pactaban por doquier en la Europa Medieval entre el monarca y la nobleza, en los que se establecían las condiciones y límites de la obediencia debida. Porque, aparte de la «libertad personal» típica de los tratados de dominación, la Magna Charta pone un énfasis especial en la «libertad como seguridad personal y de la propiedad». Así el art. 39 establece: «Ningún hombre podrá ser detenido o encarcelado, o privado de sus derechos o de sus bienes, o puesto fuera de la ley o exiliado, o privado de su rango de cualquier otro modo, ni usaremos de la fuerza contra él, o enviaremos a otros para que lo hagan, excepto por sentencia judicial de sus pares y según la ley del país». Ciertamente, las exigencias de libertad individual y de juicio entre pares se refieren primordialmente al estamento aristocrático; pero las garantías que se exigen sobre la libertad como seguridad jurídica y de los propios bienes, y especialmente la exigencia de una «sentencia judicial por sus pares y según la ley del país» significa un paso fundamental para quebrar el arbitrismo del monarca y someterlo a la jurisprudencia de tal modo que se pasa casi insensiblemente de la «ley del país» al «derecho común» (common law). No sólo ha nacido el tercer poder del estado, el judicial, sino también el estatuto de las libertades ciudadanas. El enfoque historicista dominante en la tradición británica impidió, por una parte, que el despotismo real llegase a ser nunca tan desmesurado como en el resto del continente europeo y, por otra, facilitó que los derechos nobiliarios se fueran extendiendo progresivamente a la gentry y a la burguesía comercial casi sin solución de continuidad. El Bill of Rights de 1689 com-

[2] M. Fioravanti, Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones. Madrid, Trotta, 1996, 31 ss.

pletará el proceso no sólo al poner el énfasis en la soberanía parlamentaria (King in Parliament), sino también al reforzar definitivamente la mayoría de edad de los ciudadanos materializada en la capacidad que les reconoce (derechos y libertades) no sólo para elegir libremente a los miembros del parlamento (art. 8) sino también para ejercer derechos típicos de la aristocracia como el de presentar peticiones al rey sin temor a ser castigados por ello (art. 5), así como la obligatoriedad de que toda multa o confiscación sea precedida de sentencia judicial (art. 12). Hasta tal punto que el proceso revolucionario que culminó con la independencia de los Estados Unidos se inició por la protesta contra los abusos fiscales de la metrópoli y su incumplimiento del principio no taxation without representation. En definitiva, no sólo surge el primer esbozo de los derechos humanos, sino que tales derechos nacen ya positivados y protegidos jurídicamente, esto es, en cuanto derechos civiles y derechos políticos, por muy restringido que fuese el sujeto de tales derechos.

Las Declaraciones de derechos subsiguientes a las Revoluciones Americana y Francesa persiguen el mismo objetivo, pero por una vía diametralmente opuesta: rechazan el modelo historicista-continuista británico justamente para marcar las diferencias del «Nuevo» frente al «Antiguo Régimen», que pretenden abolir desde sus cimientos, desde un enfoque racionalista. No pudieron evitar, sin embargo, que su modelo «individualista», pese a su negación radical del «orden jurídico estamental», reconstruyera reactivamente de modo racional y abstracto (iusnaturalista y contractualista) los derechos «del hombre y del ciudadano» sobre el molde histórico del aristócrata, ahora generalizado a todos los hombres libres, con el objetivo primordial de garantizar los derechos y libertades frente a toda veleidad arbitraria de los poderes estatales. De aquí que el énfasis se pusiera aquí en el punto de vista moral y político. Resulta muy significativo en esta línea el proceder de los «padres fundadores» de la Revolución Americana quienes, tras haber elaborado el texto constitucional de 1787 según el modelo individualista racional y abstracto, sólo dos años después, a iniciativa de Madison, creyeron indispensable para facilitar su positivación añadirle un Bill of Rights siguiendo el modelo historicista británico, que entró en vigor bajo la forma de las diez primeras enmiendas de la Constitución Americana en 1791, y que confirman fehacientemente cómo en un país sin aristocracia de sangre todos los ciudadanos pasaban a disfrutar en cuanto derecho común de los antiguos privilegios de la nobleza. Y, en la misma línea, asistimos hoy a un intento paralelo -todavía ciertamente muy ambiguo- para universalizar a los ciudadanos del mundo los derechos fundamentales que les son reconocidos a los ciudadanos de las democracias liberales, al menos en versiones minimalistas de los mismos.

b) John Rawls y la universalización de los derechos humanos: maximalismo en la justificación

En este trabajo, no obstante, me limitaré a examinar uno de los intentos minimalistas que más eco ha encontrado, el de John Rawls en su escrito The Law of Peoples[3], donde amplía el ámbito de aplicación de los derechos humanos a las sociedades jerárquicas, además de las sociedades democráticas de Occidente. Para ello parte de una concepción minimalista de los derechos humanos, de modo que tales derechos no dependen de ninguna doctrina moral particular (comprehensiva) ni de ninguna concepción filosófica de la naturaleza humana (ni siquiera la liberal), si no que «expresan el patrón mínimo de instituciones políticas bien-ordenadas para todos los pueblos» que constituyen de este modo «una sociedad política justa de pueblos». Toda violación sistemática de tales derechos significaría un problema serio para el conjunto de tal «sociedad de pueblos, tanto los liberales como los jerárquicos»[4].

Y ¿qué entiende Rawls por «sociedad jerárquica»? Desde luego, no son sociedades liberales, aunque sí son capaces de participar en «una posición original con velo de ignorancia» en cuanto artificio de representación para decidir la adopción del «derecho de los pueblos», en la teoría ideal de la justicia, al igual que las sociedades liberales bien-ordenadas. Rawls señala tres requisitos para toda sociedad jerárquica bien-ordenada: 1º, ha de ser pacífica, de modo que persiga sus objetivos mediante la diplomacia y el comercio, u otros medios pacíficos. De donde se sigue que la doctrina religiosa, que impregna su política, ha de ser no-expansionista y respetar el orden civil y la integridad, independencia y libertades de las demás sociedades; 2º, su sistema de derecho no es meramente coercitivo, sino que impone obligaciones moralmente vinculantes a sus miembros; esto es, su sistema de derecho se basa sobre una creencia sincera y razonable «de guiarse por una concepción común de la justicia». Ello implica que tal sociedad está dotada de una razonable «jerarquía consultiva», esto es, de cuerpos o asambleas representativas, cuyo cometido es velar por los intereses fundamentales de todos los miembros de la sociedad. Obviamente en tales cuerpos o asambleas representativas se da pluralismo y posibilidad de disenso, de modo que los jueces y los funcionarios han de tomarlos en serio; 3º, por último, tal socie-

[3] J. Rawls, The Law of Peoples, en S. Shute & S. Hurley, eds., On Human Rights. The Oxford Anmesty Lectures 1993. New York, Basic Books, 1993, 41-82 (sigla LP). Una versión más amplia y detallada de este trabajo aparecerá en el nº monográfico que Daimon dedica a los 25 años de A Theory of Justice, con el título de «La teoría rawlsiana de la justicia internacional: maximalismo en la justificación, minimalismo en la aplicación».

[4] LP 68.

dad respeta «los derechos humanos básicos», esto es, asegura a todos sus miembros «ciertos derechos mínimos» de subsistencia y seguridad (derecho a la vida), de libertad, de propiedad personal, así como la «igualdad formal» que viene expresada por «las reglas de la justicia natural» en el sentido de Hart[5]. Tal sociedad ha de garantizar igualmente la «tolerancia religiosa», puesto que «admite una medida» de libertad de conciencia y de pensamiento, aun cuando tal libertad no sea tan general e igual como en las sociedades liberales, y aunque tenga una religión oficial con ciertos privilegios. Y Rawls aclara que no se trata de que se acerquen lo más posible al credo liberal, sino que se trata de que sean «razonables» dentro de su propia concepción de la justicia[6].

Es de notar que Rawls no parte de datos ni de referencias concretas, del mismo modo que no precisa apenas los caracteres generales de tales sociedades jerárquicas realmente existentes, fuera de su énfasis sobre los fundamentos religioso-filosóficos de tales estados. Él se atiene, como siempre, a su metodología constructivista kantiana. Pero no parece ser consciente de que la aplicación de tal método a sociedades no liberales conlleva nuevos problemas y difícilmente resolubles. En efecto, el constructivismo kantiano parte siempre de unas convicciones liberales compartidas que procede a «construir» válidamente en la posición original con el velo de ignorancia, por lo que su aplicación a las sociedades jerárquicas no liberales ha de hacerse en base a meras analogías, ya que no comparten las convicciones liberales.

Pero lo decisivo es que Rawls se propone ampliar el ámbito de aplicación de los derechos humanos liberales mediante dos procedimientos: a) asimilación metodológica de ciertos tipos de sociedades no liberales que denomina «jerárquicas» a los valores y modos de actuar de las sociedades liberales o modernas democracias occidentales; y b) exigencia minimalista (un «mínimo», de derechos humanos «básicos», una «medida» de los derechos fundamentales de libertad de pensamiento y de expresión) de los derechos humanos tal como vienen formulados en las solemnes declaraciones occidentales, lo que implica una selección de los mismos en cuanto más fundamentales o menos. En el primer procedimiento Rawls se muestra innecesariamente maximalista; en segundo, arriesgadamente minimalista.

Respecto del primer procedimiento, parece tan inadecuada como innecesaria la asimilación metodológica de aplicar a ambos tipos de sociedad -liberal y jerárquica- el mismo «artificio de representación» de la posición original. En efecto, la metodología constructivista por su propia naturaleza sólo

[5] LP 60-63.

[6] LP 63-64.

puede validar a nivel normativo-reflexivo (la posición original) unas convicciones o tradiciones firmes y compartidas a nivel histórico-empírico. En el caso de Rawls, lo que somete a la prueba del constructivismo kantiano es la tradición liberal tal como se expresa en el concepto ampliamente compartido en las democracias liberales de la cooperación social, en cuanto que consta de dos partes íntimamente entrelazadas: el rational (los beneficios racionales de la cooperación o racionalidad estratégica) y el reasonable (las condiciones equitativas e imparciales que aseguran la cooperación)[7]. Entonces carece de sentido someter al constructivismo kantiano las convicciones y tradiciones compartidas de las sociedades jerárquicas; o, más exactamente, carece de sentido pretender que la tradición jerárquica, sometida al procedimiento reflexivo-validante de la posición original, pueda decantarse por los derechos humanos, que son extraños e incompatibles con la misma tanto como se contienen implícitamente en la cultura pública de una sociedad democrática.

Lo más llamativo es que Rawls no apele aquí a su teoría del «consenso entreverado» (overlapping consensus), que ha diseñado precisamente para dar «estabilidad»[8] a su teoría de la justicia como equidad en cuanto teoría política. Rawls, en efecto, asume que su teoría confrontada con otras rivales (aunque cite como «caso modelo» la confrontación con la concepción religiosa cristiana, la concepción filosófica kantiana, la utilitarista y la concepción pluralista)[9] logra generar un consenso en buena medida (aunque siempre parcialmente) coincidente, de tal modo que todas las teorías confrontadas terminan por entreverarse (y converger, en definitiva, sobre su teoría).

Pero el alcance de este consenso entreverado no es ilimitado; Rawls lo plantea siempre dentro del ámbito occidental y es lógico que sea así ya que, en definitiva, su teoría liberal persigue obtener el respaldo de un consenso entreverado; es decir, de un consenso a través del cual llegue a ser aceptada por todas las doctrinas morales, religiosas y filosóficas rivales, que se han ido desarrollando durante generaciones en un estado más o menos justo y democrático, cuyo criterio de justicia es precisamente esta concepción política. Pero si se muestra dispuesto a dar un paso tan desproporcionado como el de llevar las doctrinas religiosas o filosóficas de las sociedades jerárquicas a la «posición original», mucho más sencillo y proporcionado hubiera sido tender un puente a tales sociedades jerárquicas mediante su metodología del «consenso entreverado», aunque nunca aplicado de modo simple y directo, sino mediante un diálogo transcultural, con las consiguientes traducciones e interpretaciones interculturales.

---

[7] J. Rawls, Political Liberalism. New York, Columbia University Press, 48-54. (sigla PL).

[8] PL XV-XVI.

[9] PL 145ss.

En efecto, este consenso entreverado obtenido mediante diálogo y transposición intercultural de conceptos, no sólo parece más apropiado y accesible, sino que evita el maximalismo de Rawls al pretender obtener el mismo objetivo mediante la aplicación simple y directa del artificio de representación que es la posición original, porque al tratarse de una metodología constructiva solamente podrá validar reflexiva y cuasitrascendentalmente las convicciones más fuertes y compartidas de las sociedades jerárquicas que, por definición, son diferentes a las que sostienen a las sociedades democráticas liberales. Rawls, en cambio, parece atribuir ahora a la posición original una capacidad totalmente irreal de poder actuar como crisol intercultural, cuyo fruto sería un consenso directo y simple sobre los derechos humanos más básicos, siendo así que para el diálogo de su teoría política de la justicia con las doctrinas morales comprehensivas vigentes en las sociedades democráticas occidentales -y, por tanto, mucho más próximas- exige la metodología del consenso entreverado que, además, resulta justificado aplicar, no sobre cualquier pluralismo, sino específicamente sobre el «pluralismo razonable» en cuanto que es fruto «del libre ejercicio de la razón libre humana en condiciones de libertad»[10].

Tanto más cuanto que, en realidad, el consenso entreverado tiene un diseño asimilacionista, como se infiere de las respuestas que da Rawls a las objeciones que le han sido formuladas. En efecto, el consenso entreverado no significa una mera negociación ni un simple modus vivendi, pues la concepción pública de la justicia que representa su teoría es fruto de la posición original, por lo que «el objeto del acuerdo, la concepción política de la justicia, es él mismo una concepción moral/.../ y esta concepción es también asumida por motivos morales/.../»[11]. Son las demás doctrinas comprehensivas las que deben acercarse hasta entreverarse con la concepción liberal de la justicia, cuya vinculación moral impide que sea objeto de negociación. Por lo demás, como ya quedó antes indicado, el consenso entreverado se dirige únicamente a las doctrinas «razonables», esto es, aquellas que de modo implícito admiten las condiciones intersubjetivas del discurso público liberal[12], como ocurre en el diálogo del model case antes descrito. Por todo lo cual Rawls rechaza la acusación de utopismo sobre su teoría del consenso entreverado aunque recurre a un diseño histórico imaginario, pero plausible, del avance sostenido de su teoría liberal de la justicia: «apenas comiencen los ciudadanos a apreciar lo que ofrece una concepción liberal,

[10] PL 144.

[11] PL 147.

[12] PL 150.

desplegarán respecto a la misma una lealtad que no hará más que fortalecerse con el tiempo»[13].

Como puede apreciarse, la teoría rawlsiana del consenso entreverado, aun cuando pudiera aplicarse al diálogo transcultural sobre los derechos humanos, habría de ser modificada también fuertemente en su diseño para poder ser aceptado como un procedimiento imparcial para tal diálogo, dado su actual sesgo asimilacionista simple. Pues, aun concediendo que la teoría liberal de los derechos humanos ha quedado satisfactoriamente confirmada en la posición original y, por tanto, ha de ser presentada y defendida con fidelidad, ello no empece para que su presentación y defensa en el diálogo transcultural haya de hacerse con espíritu abierto y se someta a la indispensable traducción categorial, que posibilita no sólo el diálogo real, sino también el probable enriquecimiento mutuo -aunque no simétrico- que de tal confrontación leal puede colegirse.

c) Rawls y su versión minimalista en la aplicación de los derechos humanos

Por lo demás, y en contraste con esta exigencia maximalista de justificación, Rawls se muestra minimalista en su exigencia de reconocimiento universal de los derechos humanos. Tal posición minimalista puede ser acertada, en principio, pero habrá de justificar con mayor rigor y precisión la selección que parece efectuar de derechos humanos básicos y menos básicos, aunque entre los últimos sólo cite expresamente dos casos: la libertad de pensamiento y de asociación que puede ser no tan igualitaria en las sociedades jerárquicas, aunque un grado mínimo de tales libertades sea siempre exigido.

En efecto, Rawls comienza por caracterizar los derechos humanos como independientes de toda doctrina moral o filosófica comprehensiva, incluyendo la misma doctrina liberal. Esta caracterización le parece esencial para el objetivo de evitar que las sociedades jerárquicas los rechacen en cuanto «liberales o democráticos, o de algún modo distintivos de la tradición política occidental, que resultan perjudiciales para otras culturas»[14]. Por tanto han de enfocarse como «derechos humanos básicos que expresan una normativa mínima de instituciones políticas bien-ordenadas para todos los pueblos», en cuanto pertenecientes por derecho propio «a una sociedad política justa de pueblos». Es decir, los derechos humanos básicos se plantean en las sociedades democráticas y en las sociedades jerárquicas bien-ordenadas, pero con tal vigencia que una violación sistemática de tales derechos

[13] PL 158-160.

[14] LP 68.

es incompatible con tal estatuto de sociedad liberal o jerárquica. Lo que, al tratarse de una normativa mínima, obliga, según Rawls, a presentar una versión «muy débil» (quite weak) de los mismos[15].

Por otra parte, la forma debilitada de su enumeración no empece para nada la positivación de los derechos humanos en cuanto obligaciones vinculantes tanto para los ciudadanos como para los jueces y funcionarios. Y seguidamente explicita la lista mínima de derechos humanos a aceptar por los ciudadanos de tales sociedades: «derecho a la vida y seguridad, a propiedad personal, y los elementos del Estado de Derecho (the Rule of Law), así como el derecho a cierta libertad de conciencia y libertad de asociación, y el derecho a emigrar»[16]. Para la debida positivación de tales derechos y obligaciones bastan dos requisitos igualmente mínimos: una concepción común apropiada de la justicia y buena fe por parte de los funcionarios implicados para explicar y justificar tal orden legal a sus destinatarios. No es precisa, en cambio, la idea liberal de los ciudadanos como personas libres e iguales, pues se trata de justificar «un régimen mínimamente decente», y de este modo los derechos humanos se presentan como «políticamente neutrales», sin vincularlos a la tradición liberal occidental.

Por lo demás, Rawls reconoce que existen muchas sociedades con tradiciones distintas al individualismo occidental, en las que los ciudadanos son primordialmente miembros de grupos tales como «comunidades, asociaciones o corporaciones»[17]. Pero piensa que tal diferencia no resulta insuperable con tal de que se trate de «estados jerárquicos bien-ordenados» con su correspondiente «jerarquía de órganos de consulta», pues de su misma naturaleza se sigue la observancia de tales derechos humanos mínimos, aunque sea como miembros de agrupaciones y no como ciudadanos[18].

Sin duda los derechos humanos están llamados a jugar en el momento actual un papel especial en un «razonable derecho de los pueblos». Rawls recuerda al respecto los dos cambios profundos que se han producido en el derecho internacional público desde la Segunda Guerra Mundial, que implican un cambio histórico: en primer lugar, la guerra no es considerada ya como un medio admisible de política estatal, sino que únicamente se justifica en el caso de autodefensa; en segundo lugar, la soberanía interna del estado está ahora limitada, y una de las funciones de los derechos humanos es la especificación de los límites de tal soberanía interna. Por otra parte, los derechos humanos han de ser diferenciados claramente de los derechos constituciona-

[15] LP ib.

[16] LP ib.

[17] LP 69.

[18] LP 70.

les o de los derechos de la ciudadanía democrática u otras clases de derechos individualistas o asociativos. Rawls los caracteriza como «una clase especial de derechos de aplicación universal y apenas controvertidos en su intención general»[19]. Pero significativamente Rawls distingue en nota derechos humanos de dos tipos: 1º, derechos humanos «propiamente» dichos, como los especificados por los artículos tres al dieciocho de la Declaración Universal de 1948, aun cuando subsistan algunas cuestiones de interpretación; además, otros derechos humanos que son «implicaciones» obvias de tales derechos, como son los casos extremos de genocidio y de «apartheid»; 2º, en otros casos, como el especificado por el primer artículo de dicha Declaración («Todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos. Están dotados de razón y de conciencia y deben actuar mutuamente con espíritu de fraternidad») se trata más bien de fijar «aspiraciones liberales»; y en el caso de los artículos 22 y 23 presuponen instituciones específicas liberales (seguridad social y derecho a igual paga por igual trabajo, respectivamente). En definitiva, los derechos humanos han de cumplir, según Rawls, un triple papel: a) son condición necesaria para la legitimidad de un régimen y para la decencia de su ordenamiento legal; b) su vigencia basta para excluir toda intervención violenta justificada por parte de otros países, tal como mediante sanción económica o, menos todavía, mediante fuerza militar; c) por último, marcan un límite al pluralismo entre los pueblos[20].

d) El cumplimiento efectivo de los derechos humanos

Otra cosa es, claro está, plantear la cuestión del cumplimiento efectivo de los derechos humanos desde el enfoque «no-ideal de la teoría». Este planteamiento realista ha de tener en cuenta que las condiciones de nuestro mundo son «altamente no-ideales», con grandes injusticias y todo tipo de males sociales. Desde este enfoque no-ideal ha de plantearse una realización «paso por paso» de la teoría ideal, teniendo en cuenta que las políticas concretas hacia aquel objetivo sean, a la vez, posibles, efectivas y moralmente permisibles. Rawls las define como «cuestiones de transición»: hay que partir, en todo caso, del statu quo para buscar y encontrar caminos apropiados para el fin perseguido.

Pero hay que distinguir, según Rawls, dos tipos de incumplimiento de los derechos humanos: a) se da incumplimiento porque el régimen político se niega a reconocer un «razonable derecho de los pueblos»; tales estados pueden denominarse «forajidos» (fuera de la ley); b) se da incumplimiento a causa de las condiciones desfavorables para su aplicación en determina-

[19] LP ib.

[20] LP 71.

dos países por circunstancias históricas, sociales y económicas, que hacen muy difícil o imposible el establecimiento de un «régimen bien-ordenado», sea éste liberal o jerárquico[21].

Obviamente, las relaciones internacionales de los países «bien-ordenados» han de ser muy diferentes con los estados forajidos que con aquellos otros que han de luchar contra circunstancias desfavorables: con los primeros, sobre todo si son expansionistas, no cabe más que un modus vivendi, aunque haya que distinguir siempre a los gobernantes y élites del pueblo al que tienen sometido. Ahora bien, no es legítima la intervención armada contra tales regímenes más que en defensa propia y, en casos graves, en defensa de las personas inocentes subyugadas y para proteger los derechos humanos. La autoprotección es el deber primordial, aunque también ha de procurarse por parte de los «países bien-ordenados» la promoción de los derechos humanos por medio de una política juiciosa que incluye el organizarse en «nuevas instituciones y prácticas» al modo de «un centro federativo y un foro público» para consensuar su opinión y su política respecto a los demás países, así como para denunciar a la opinión pública «las instituciones injustas y crueles de los regímenes opresivos y expansionistas». Esta crítica será tanto más eficaz cuanto que no pueda ser tachada de «meramente liberal u occidental». Asimismo han de tomarse medidas de presión indirecta contra tales regímenes, como la denegación de ayuda militar, económica o asistencial, a la vez que se les niega el acceso a las «prácticas cooperativas» propias de los estados «bien-ordenados»[22].

La actitud ha de ser muy distinta con los países que se encuentran en circunstancias desfavorables. Rawls entiende que estos países carecen de las tradiciones políticas y culturales, así como del capital humano y de know-how, además de los recursos materiales y tecnológicos que «hacen posible el establecimiento de sociedades bien-ordenadas»[23]. En este caso la actitud hacia tales regímenes ha de ser la de máxima asistencia y colaboración. Pero no cree que pueda exigirse al caso la aplicación del «principio de la diferencia», como estiman Beitz[24] y Pogge[25], entre otros, ya que su justifica-

---

[21] LP 71-72.

[22] LP 73-74.

[23] LP 74.

[24] C. R. Beitz, Political Theory and International Relations. Princeton, NJ, Princeton U.P., 1979, 125-176. Beitz cita como antecesores de esta idea (y crítica sobre Rawls) a B. Barry, P. Danielson y T. M. Scanlon. Una discusión conjunta puede verse en R. Amdur, «Rawls'Theory of Justice: Domestic and International Perspectives». World Politics 29, no. 3 (abril 1977), 438-461.

[25] T. W. Pogge, «An egalitarian Law of Peoples». Philosophy & Public Affairs, 23, 1994, 195-224. Pogge había hecho ya una primera presentación de su teoría en el cap. 6 de su Realizing Rawls. Ithaca, Cornell University Press 1989.

ción está limitada «a la teoría ideal para las sociedades democráticas» y, sobre todo, porque se trata de un principio liberal de justicia distributiva y, como tal, no tiene por qué ser reconocida su validez por las sociedades jerárquicas. La razón de fondo es que la metodología constructivista no permite transportar un principio validado para la «justicia doméstica» como si hubiera sido justificado para regular las desigualdades en una sociedad de pueblos, pues cada cuestión «ha de ser gobernada por sus principios propios y característicos». En cambio «el deber de asistir» a tales sociedades bajo condiciones desfavorables es una obligación no meramente liberal, sino que atañe a todos los países bien-ordenados. Y tal deber es tanto más apremiante cuanto que «las condiciones desfavorables» pueden ser corregidas mediantes la aplicación de las políticas apropiadas. La promoción de los derechos humanos en tales países mediante prácticas asistenciales le parece la vía más apropiada para moderar, aunque sea lentamente, la corrupción de las élites, a la vez que estimula la aparición de una «cultura pública política» y la enraíza en la estructura social fundamental»[26].

e) Rawls entre el maximalismo y el minimalismo

Es ahora el momento de precisar mi caracterización de Rawls como maximalista, al aplicar a las sociedades jerárquicas el procedimiento de validación que significa la posición original, y de minimalista en su aplicación universal de los derechos humanos. Respecto a su maximalismo me parece claro que la desautorización por parte de Rawls a Beitz y Pogge, quienes aplican su principio de la diferencia como integrante del derecho de los pueblos, sin darse cuenta de que se trata de un principio validado únicamente para las sociedades domésticas liberales mediante la metodología constructivista, le es plenamente aplicable al mismo Rawls y por las mismas razones, dado que la metodología constructivista parte necesariamente de unas convicciones compartidas que no se dan en las sociedades jerárquicas según la descripción de las misma que hace Rawls. Me parece ajustada su apreciación de que el principio distributivo de la diferencia, al ser un principio exclusivamente liberal, no es aplicable a las sociedades que se encuentran en condiciones desfavorables respecto a la implantación y el cumplimiento de los derechos humanos. Pero mi conclusión extiende el mismo principio y por las mismas razones a las sociedades jerárquicas.

No estoy de acuerdo, en cambio, que las relaciones internacionales entre las sociedades democráticas liberales y de los demás pueblos se rijan adecuadamente mediante el principio asistencial incorporado al derecho de los pueblos. En primer lugar, porque del hecho de que no pueda justificar-

[26] LP 75-77.

se la vigencia internacional del principio de justicia distributiva entre todos los pueblos, no se sigue de que tal principio no pueda serle exigido a las democracias liberales en sus relaciones internacionales con los demás pueblos, porque el principio ha sido validado para ellas; pero tal validez no tiene por qué circunscribirse a las relaciones domésticas internas de cada democracia, y a las de las democracias entre sí, ya que aquella validación no depende de la reciprocidad de las sociedades no democráticas (que, ciertamente, se exige para el derecho internacional público). Lo justo (moral y democráticamente) sería, pues, que las democracias occidentales asumieran de modo inequívoco y sin más dilaciones la recomendación de la ONU para que destinen el 0,7% de su producto interior bruto a la ayuda a los países del Tercer Mundo. Incluso habría que estudiar seriamente la propuesta de W. T. Pogge[27] para crear una «Tasa Global de Recursos», equivalente al 1% del valor del consumo, constituyendo un fondo de compensación a la escasez de recursos naturales y en previsión de las necesidades de las generaciones futuras de todo el mundo.

En segundo lugar, porque Rawls sigue manteniendo en 1993 la misma visión ya caduca que mantenía en 1971 (A theory of Justice) de los estados-naciones como unidades autosuficientes y soberanas, que sólo secundariamente tuvieran que relacionarse con los demás pues, como señala Beitz[28], los estados-naciones actuales cumplen el criterio rawlsiano de ser unidades cooperativas a una escala globalizada en la que los límites territoriales son cada vez más difusos no sólo en las relaciones comerciales y culturales, sino también en las políticas, jurídicas y morales, por lo que el criterio tradicional que todavía mantiene Rawls de la ayuda mutua en situaciones excepcionales ha quedado claramente obsoleto.

Su minimalismo, en cambio, al desprender incoativamente los derechos humanos de su envoltura liberal, y al hacer una selección restringida de los mismos que incluya sólo los derechos humanos verdaderamente fundamentales, me parece acertada, por discutible que sea tal selección, en especial al admitir una cierta restricción de la libertad de pensamiento y de asociación en las sociedades jerárquicas; en efecto, una versión reducida de ambas libertades sólo podría aceptarse temporalmente, y ello si cumple uno de los criterios aplicados por el mismo Rawls en otro lugar: si «una libertad menos amplia puede favorecer el sistema total de libertad compartido por to-

[27] T.W. Pogge, loc.cit. en nota 23.

[28] C.R. Beitz, op. cit. en nota 22, pp. 127-176. Es de notar que Rawls (LP nota 52, 228-9) afirma expresamente que coincide con los objetivos de Beitz, pero que tales objetivos se pueden obtener por el principio asistencial, «sin necesidad del principio liberal de justicia distributiva».

dos; algo menos que igual libertad puede ser aceptable para aquellos con menor libertad»[29]. Pero, en todo caso, Rawls se queda demasiado corto, dado que la formulación de los derechos humanos ha de presentarse traducida a las diversas condiciones socioculturales de los pueblos como condición indispensable tanto de su adecuada expresión como para su aceptación universalista por las sociedades no liberales.

Obviamente, los derechos humanos fundamentales no dependen de las concepciones liberales democráticas, sino que su valor intrínseco, desprovisto del ropaje liberal, se alcanza básicamente a través del desarrollo de los valores universales de la naturaleza humana, con la sola condición de que tal crecimiento no sea impedido por imposiciones o desviaciones ideológicas o corruptas. Lo normal es, por tanto, que se alcancen valores humanos equivalentes en diferentes culturas. Y sobre tales valores habrá de realizarse la aludida transposición intercultural de los derechos humanos liberales. Sin que pueda negarse, por lo demás, que la conquista revolucionaria de los derechos humanos constituyen la gran aportación de Occidente a la humanidad.

Por lo demás, estoy persuadido de que la mejor estrategia para la promoción y universalización de los derechos humanos no es directa, sino indirecta, ya que su aceptación progresiva está estrechamente vinculada -y hasta dependiente- a la promoción y universalización de la democracia en el mundo, que también habrá de hacerse desprendida de su envoltura liberal y traducida tanto categorial como institucional mente a las características socioculturales de cada país, de tal modo que se obtenga, a la vez, una transición democrática auténtica y adaptada de tal modo que, al igual que sucedía con la universalización de los derechos humanos, no sea preciso «occidentalizar» a los destinatarios de la misma. Y ello por exigencias de autenticidad, que en este caso coinciden en gran manera con las exigencias estratégicas: ni la democracia ni los derechos humanos podrán ser aceptados en su ropaje occidental-liberal. Obviamente, la universalización de los derechos humanos es mucho más prioritaria que la del régimen democrático; pero, en la práctica, ambas universalizaciones habrán de ser paralelas puesto que ambas son interdependientes: el riguroso cumplimiento de los derechos humanos es el más claro criterio de democratización, ya que, como señala justamente Rawls, marcan los límites de la tolerancia y del pluralismo, y, a la vez, tal objetivo sólo será posible en una democracia verdadera.

---

[29] J. Rawls, A Theory of Justice. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1971, 302.

DOXA 21-II (1998)

CÓMO HACER RAZONES CON NORMAS O CÓMO CONVERTIR NORMAS EN RAZONES O CÓMO DESENREDAR ESTE LÍO[1]

Rolando Tamayo y Salmorán
Universidad Nacional Autónoma de México (México)

Seguro no entiendo la idea de razón para actuar y me pregunto si algún otro la entiende.[2]
Philippa Foot

I. Introducción

Movidos por la fascinación que irradia la argumentación y el razonamiento jurídicos, algunos autores han llegado al extremo de caracterizar a las normas jurídicas como razones.[3] Al hacerlo cometen un tipo de falacia naturalista.[4] Las normas (como cualquier cosa) pueden ser tratadas como razones (justificaciones) para la acción, pero ¿qué acaso ese hecho no permite pensar que las normas sean meras razones?

Esta idea gira alrededor de una concepción ampliamente compartida sobre la racionalidad. Existe la necesidad por la racionalidad. Y así, si las normas son razones, entonces la racionalidad en el derecho estaría asegurada. Sin embargo, el derecho no es una manifestación inmanente de la racionalidad. Pero, aun si el derecho no es una individuación necesaria de la razón, queda una cuestión pendiente: ¿cómo operaría la racionalidad en el funcionamiento del derecho?

---

[1] Versión española de mi ensayo: «How to Make Reasons with Norms. Or How to Convert Norms into Reasons. Or How to Disentangle this Mess». En cuanto al título pienso que es completamente ocioso referirme al célebre trabajo de John Austin o al conocido libro de Twinning y Miers. Véase la Bibliografía.

[2] La cita continúa así: «Yo en lo particular me inclino por la idea de que todas esas razones dependen de los intereses del agente o... de sus deseos», en «Reason for Action and Desires» [Postscript] en Foot, Philippa, *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy,* Oxford, Basil Blackwell, 1978, p. 156.

[3] Prestigiados autores han levantado fuertes objeciones contra la tesis de que las normas sean razones (para la acción). Véase, por ejemplo: Cristina Redondo, Pablo Navarro, Carlos Nino, Javier Ortiz, etc. *(Vid. infra:* Bibliografía). Algunas de esas objeciones, ciertamente las comparto; sin embargo en este ensayo no abordaré tales objeciones (o no sólo). Mi idea es un poco diferente, intento demostrar que aquellos que defienden esa tesis cometen un tipo de falacia naturalista.

[4] En el sentido del ***open question argument*** de George E. Moore (1873-1958). Pienso que el argumento de Moore puede aplicarse similarmente contra el intento de definir normas en términos de alguna cualidad de las razones. (*Cf.: Principia Ethica,* Cambridge, 1903; *Vid.:* Baldwin, Thomas. *G. E. Moore,* Londres, 1990.

Dos cuestiones han fuertemente intrigado a los seres humanos a través de la historia de la humanidad: "¿qué es?" y "¿qué hacer?". Las respuestas dadas a estas cuestiones han producido dos diferentes derroteros. Éstos son: la descripción (*i.e.* la explicación), por un lado, y la prescripción y justificación, por el otro. Este último constituye el campo (por así decirlo) de la razón práctica.

En lo que a las normas se refiere, pienso que, conforme con esta bifurcación, debe darse dos diferentes respuestas al problema.

Una tesis que subyace todo este ensayo es que una cosa es describir normas *(i.e.* el derecho) como razones (lo que es básicamente erróneo) y una muy distinta es usar normas jurídicas en la argumentación jurídica. El propósito de este ensayo es llamar la atención hacia esta importante diferencia y emprender la búsqueda de respuestas a estos problemas. La respuesta, aquí, es fragmentaria y tentativa.

II. Normas y razones

1. Preliminaria

Muchos filósofos y teóricos del derecho piensan que los hombres actúan sobre la base de razones. Asimismo, muchos filósofos y teóricos del derecho piensan que cualquier cosa, *i.e.* cualquier hecho (de aquí en adelante X) puede ser una razón para actuar (o una razón para abstenerse de actuar). De esta forma, llover es una razón para usar una gabardina. El problema es que no necesariamente cualquier cosa es una razón para actuar (o para no actuar). Que llueva en Kuala Lumpur,[5] no es razón para que use gabardina, debido al hecho de que vivo en México.

¿Cómo puedo saber si ***x*** es o no es una razón? O ¿qué convierte a ***x*** en una razón?[6] (de aquí en adelante ***R***). No veo otra respuesta:

x es una razón porque ***cuenta en mi consideración*** para actuar o para abstenerme de actuar.

Piénsese, por ejemplo, en algo que ignoro ¿Cómo podría ser esto una razón para mi acción? Por el contrario, si yo tomo algo en (mi) ***consideración*** (un evento, un dicho, una instrucción), se convierte en una razón para mí (para mi acción o para mi abstención). Es decir, si en mi ***deliberación*** (por así decirlo) tomo en consideración a ***x*** para mi acción o para abstenerme de

[5] Capital de Malasia, situada en la parte central de Malasia (Malaya) occidental. La ciudad crece a horcajadas de la confluencia de los ríos Kelang y Gombak en paraje montuoso al oeste del territorio. En 1944 Kuala Lumpur devino el Territorio Federal de Kuala Lumpur. (*Vid.: Encyclopaedia Britannica CD, 2.02,* Encyclopaedia Britannica Inc., 1995).

[6] Me ocupo sólo de razones para la acción. De ahí que, en el texto, las palabras «para la acción» podrían estar omitidas.

actuar, entonces ***x*** deviene una razón para que yo haga o una razón para que yo omita.

En este momento quiero resaltar que las razones son razones aunque sean razones triviales. No importa qué débiles sean, una vez en mi ***consideración***, son razones.

De conformidad con lo anterior, tenemos que distinguir entre cosas que no son razones (para actuar) y cosas que son razones de poca importancia (para actuar). Si no llueve fuerte, sino sólo chispea y tengo que caminar sólo unos pasos y, además, tengo prisa, entonces la lluvia es una razón, pero una razón a la cual concedo poca importancia.[7] Sin embargo, el hecho de que llueva en Kuala Lumpur no es una razón de poco peso, más bien no es en absoluto una razón. De la misma manera, si la contaminación es mi preocupación principal, el hecho de que la atmósfera de Venus tenga un alto contenido de ácido sulfúrico[8] no es razón para abstenerme de hacer ejercicios aeróbicos y quedarme en casa.

Las razones de poca importancia, sin importar qué poca importancia tengan, son siempre tomadas en cuenta, el agente (de aquí en adelante $\mathcal{A}$) efectivamente las toma en consideración. El agente considera tanto a las razones importantes como a las menos importantes. Las cosas que no tomo en consideración no son razones para mis acciones ni para mis omisiones. Dicho brevemente: las cosas que no tomo en consideración no son razones para mis acciones. De esta forma tenemos:

$$\mathcal{M} = \{\boldsymbol{x}, \boldsymbol{x}, \boldsymbol{x}, \boldsymbol{x}...\}$$

Donde ***x*** es ***cualquier cosa*** que ocurre en el $\mathcal{M}$undo. Y

$$\mathcal{R} = \{\boldsymbol{R}, \boldsymbol{R}, \boldsymbol{R}, \boldsymbol{R}, \boldsymbol{R}...\}$$

Donde ***R*** es cualquier cosa que se convierte en razón. ***x*** se convierte en ***R*** si ciertas condiciones son satisfechas. Así:

$$\mathcal{R} \subset \mathcal{M}$$

2. Una nota sobre racionalidad

Muchos autores comparten la idea de que «tomar en cuenta», «evaluar», o «hacer un balance», de razones es ***pensar racionalmente.*** Asimismo, piensan que actuar sobre la base de la razón exitosa (la razón que vence otras razones) es ***actuar racionalmente.*** Al menos, esto parece satisfacer el paradigma: el silogismo práctico. Aristóteles sostiene que actuar sobre la base de cierta razón es la conclusión de un silogismo práctico. De esta for-

[7] De hecho, es superada, consideradas todas las cosas, por una razón de más peso, o bien, vencida por otras razones (combinadas).

[8] «Venus se encuentra completamente envuelto por una densa capa de nubes compuestas básicamente de gotas de ácido sulfúrico concentrado...» (*Encyclopaedia Britannica CD. 2.02,* Encyclopaedia Britannica, Inc., 1995).

ma, la acción del agente es, en algún sentido, similar a las conclusiones en lógica.[9] Ésta parece ser la postura de Joseph Raz. A este respecto dice:

> Los enunciados de hechos que son razones para la realización de cierta acción por un cierto agente son las premisas de un argumento cuya conclusión es que hay una razón para que el agente realice la acción o deba realizarla.[10]

3. Normas como razones para la acción

a. El problema

¿La norma es una razón para la acción? ¿Puede ser? Ahora bien, si la norma es una razón, ¿qué tipo de razón es? ¿cómo funciona?[11]

La cuestión principal alrededor de este problema es si una norma (de aquí en adelante ***N***) es una razón sólo porque es una norma. Por supuesto, si suponemos que las normas son razones (y sólo razones) únicamente porque son normas, la cuestión expresada en el título de este ensayo es un sin sentido porque las normas serían ya razones.

b. La regla de reconocimiento de razones

Percibo dos diferentes actitudes que son relevantes para este problema, las cuales pueden, a su vez, subdividirse en dos:

(4) $\boldsymbol{N}_{(S)}$ son $\boldsymbol{R}_{(S)}$ y solamente $\boldsymbol{R}_{(S)}$
(5) $\boldsymbol{N}_{(S)}$ son cierto tipo de $\boldsymbol{R}_{(S)}$

Y

(6) $\boldsymbol{N}_{(S)}$ funcionan como $\boldsymbol{R}_{(S)}$, satisfechas ciertas condiciones,
(7) $\boldsymbol{N}_{(S)}$, funcionan como si fueran las únicas $\boldsymbol{R}_{(S)}$

Ya he señalado lo que se requiere para que ***x*** se convierta en ***R***. A esta condición (o condiciones) la llamaré: "la regla de reconocimiento de razones". Esta regla no es más que un criterio de identidad de razones (para ser razones). De manera general se puede decir que algo es una razón si y sólo si así es considerada por *A* (el agente). Anteriormente mencioné (o, más bien, recordé) que muchos filósofos y teóricos del derecho piensan que el siguiente enunciado es verdadero:

---

[9] *Cf.: Nic. Eth., VI, 1140 a 25, 1140 b 20, 1141 b 5* y ss. J. C. Bayón Mohíno da una explicación detallada de este problema (*Cf.: La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales. 1991. [Colección El Derecho y la Justicia, 26], p. 55).

[10] *Practical Reason and Norms,* Hutchinson Co. (Publishers), Ud. 1975, p. 28. Existe versión castellana de Juan Ruiz Manero: *Razón práctica y normas,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (Colección El Derecho y la Justicia, 27), p. 32.

[11] Adviértase que las cuestiones mencionadas arriba, esto es: "¿Cómo hacer razones con normas?" es del todo diferente a la otra igualmente importante: "¿cómo hacer normas con razones?".

(8) cualquier cosa (*i.e.* ***x***) puede ser una razón.

Es decir, cualquier cosa puede ser una razón para hacer **ø** cualquier cosa puede ser una razón para no hacer **ø**. Tiempo tempestuoso, por ejemplo, es una razón para cerrar un puerto a la pesca y a la navegación.

Ciertamente, la mayoría de los autores estarían dispuestos a aceptar (8); sin embargo la mayoría de ellos señalaría que (8), como mencioné anteriormente, no significa que cualquier cosa sea ***necesariamente*** una razón para todos, en toda circunstancia. Así, el clima tempestuoso en el Puerto de Murmatisk,[12] en el noroeste de Rusia (a más de 200 kilómetros al norte del Círculo Polar Ártico), es un hecho que pertenece a la clase de «cualquier cosa». Sin duda, pero no es una razón para usar bufanda a mediados de enero en Buenos Aires.

¿Qué cosas son razones para una específica acción **ø**? Indisputablemente los hechos (eventos, dichos, instrucciones) que tomo en cuenta para mi acción (**ø**) o para mi abstención (**~ø**). Estoy consciente que ésta es una descripción insuficiente sobre por qué un agente actúa sobre la base de una razón. Estoy dejando a un lado los intrincados problemas de la deliberación (del balance) de razones y de la selección y decisión de la acción. Me limito simplemente a decir un par de palabras sobre por qué algunos hechos entran en la clase de «razones para **ø**» (para el agente).

Permítase preguntar: ¿las normas, además de ser normas, pueden ser razones (para actuar)? Ahora bien, si cualquier cosa puede ser una razón entonces las normas (jurídicas), entidades que pertenecen a la clase de «cualquier cosa», pueden ser razones para la acción. Ciertamente, pero para que una norma sea una razón tiene que satisfacer la regla de reconocimiento de razones. De esta manera, si yo no considero (pondero) a la norma ***N*** entre las razones para **ø** o para **~ø**, entonces ***N*** no es en absoluto una razón para que yo haga **ø** o para que me abstenga de hacer **ø**. Y si no obstante, ***N*** se me aplica, éste es un hecho que me pasa, no una acción que yo realizo (o decido realizar).[13]

---

[12] Murmansk. Antiguamente Romanov-na-murmane, puerto marítimo y centro de Murmansk *Oblast* (Región Administrativa), Rusia. "Murmansk" (probablemente de la palabra suami local: *murman,* que significa "la orilla de la tierra") es la ciudad más grande del mundo al norte del Círculo Polar *(Vid.: Encyclopaedia Britannica, CD,* Encyclopaedia Britannica, Inc. 1995).

[13] Esta distinción es fundamental para las proposiciones de razón práctica. Esta distinción ha sido establecida desde la Ética Nicomaquea. De acuerdo con Aristóteles los actos no voluntarios no cuentan para los silogismos prácticos. En este sentido dice: «Las acciones son no voluntarias cuando se hacen bajo coacción y un acto es coaccionado cuando su origen es de fuera, siendo de tal naturaleza que el agente, que es realmente pasivo, en nada contribuye a su realización, por ejemplo, cuando es llevado a un lugar por la fuerza del clima...» (*Eth. Nic 1110 a 2-4, Vid. también: 1110 b 10.* en Aristotle XIX *Nicomachean Ethics,* trad de H. Rackham,

c. Una «escala» sobre normas

El curso del argumento me obliga a decir algo sobre las normas. Sin embargo, aunque voy a tratar con normas (jurídicas) no me siento comprometido a dar cuenta de las diferentes concepciones que los distintos autores han dado sobre las normas. Tengo tres razones para eludir este problema:[14]

(1) Prácticamente todas las teorías sobre normas jurídicas tienen, al menos, una cosa en común: el derecho, *i.e.* cualquier sistema jurídico, se compone de normas. Las normas jurídicas son las unidades básicas de los órdenes jurídicos. Esto es, el derecho (de aquí en adelante $\mathcal{D}$) es un conjunto *(i.e.* un sistema) de normas o, al menos, es el caso de que $\boldsymbol{N} \in \mathcal{D}$, aun cuando pudiera haber otras entidades de $\mathcal{D}$ que no fueran normas.[15]

(2) Los estudiosos y profesionales del derecho ampliamente aceptan que ***N*** (cualquier cosa que ***"N"*** signifique) es tal en virtud de que fue establecida por el legislador (de aquí en adelante $\mathcal{L}$). Es decir, ***N*** (mandato, directiva o lo que sea) es lo que es, sólo porque ha sido establecida por un acto creador de derecho (un acto de $\mathcal{L}$).[16]

(3) Los juristas dogmáticos y los teóricos del derecho «entienden» cómo operan las normas. Una norma puede ser concebida como un mandato, como una directiva, como una regla, *et sit cetera*. Cualquiera que sea el caso, existe una compartida idea que se encuentra detrás de cualquier con-

---

Cambridge, Mass., Loeb Classical Library. 1975). La coacción cubre todos los casos en que el agente no es, en absoluto, un agente. (*Vid.:* MacIntyre, Alasdair. *A Short History of Ethics. A History of Moral Philosophy from Homeric Age to Twentieth Century,* Simon & Schuster, 1996. pp. 68-69).

[14] Sin duda «norma» es uno de los conceptos fundamentales de la dogmática jurídica. Sin embargo, aunque muchos libros se han escrito sobre la «naturaleza» del derecho muy pocos juristas examinan exhaustivamente qué es una norma. (*Mutatis mutandi, Vid.:* Olivecrona, Karl, *The Imperative Element in Law* [*Der Imperative des Gesetzes*], p. 794). De hecho, este concepto es frecuentemente usado sin ser definido en absoluto. (*Vid.:* Ross, Alf, *Directives and Norms,* Londres, Routledge & Kegan Paul, 1968, p. 78). Esta circunstancia no es tan desastrosa si la idea de norma es clara y corresponde a los usos generales y profesionales. La falta de precisión, aunque seria, no es catastrófica; las diferentes formulaciones recuperan, de algún modo, una idea general que básicamente corresponde al conjunto de nuestras intuiciones sobre normas jurídicas, a saber: «prescriben», «regulan la conducta humana», «guían la conducta de los individuos», «provocan comportamientos», *et sit cetera*). Pero, cualquier cosa que las normas pudieran ser, ellas constituyen las unidades básicas de los órdenes jurídicos.

[15] No obstante este «núcleo teórico compartido» estoy consciente de que los teóricos del derecho no están de acuerdo sobre la naturaleza de los «hechos sociales» en los cuales se apoya un positivista. Vid.: Navarro, Pablo y Redondo, Cristina, *Normas y actitudes normativas,* México, Distribuciones Fontamara, 1994 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 36), p. 9.

[16] ¿No es acaso el dictar órdenes y establecer reglas la manifestación natural de la autoridad (jurídica)? Para usar las propias palabras de Joseph Raz (*Cf.: Practical Reason and Norms,* cit., p. 21).

cepción de normas, a saber: que ***N*** es aplicada (impuesta) a los súbditos (de aquí en adelante $\mathcal{S}$). Cuando se dice que "***N*** se aplica a" o que "***N*** se impone a" equivale a decir "***N*** prescribe". Más aún, y la mayoría de los juristas (tanto de la tradición romano-germánica como de la tradición del *Common* Law) como de los teóricos del derecho, admiten que "*N* prescribe" significa: "la conducta de algún individuo (la conducta de un súbdito) se encuentra ordenada, prohibida o (expresamente) permitida".

Ese es el «punto de encuentro» de las teorías jurídicas.

Ciertamente, cuando hablo de normas me refiero a normas positivas que pertenecen a órdenes jurídicos que existen.[17] Así, tenemos:

$$\mathcal{D} = \{\boldsymbol{N}, \boldsymbol{N}, \boldsymbol{N}, \boldsymbol{N}...\}$$

Donde ***N*** es cualquier cosa que se hace norma. **x** se hace ***N*** si ciertas condiciones son satisfechas. Así:

$$\mathcal{D} \subset \mathcal{M}$$

d. Epílogo: Dos clases de cosas

De lo anteriormente dicho se sigue que existen dos diferentes criterios de identidad para dos diferentes clases de cosas.

Una:

x se convierte en ***R*** si, y sólo si, $\mathcal{A}$ (cualquier hombre racional) considera a ***x*** como razón *(prima facie)* para actuar o para abstenerse de actuar. En otras palabras: ***x*** se convierte en ***R*** si, y sólo si, $\mathcal{A}$ considera que ***x*** es una razón *prima facie* para realizar **ø** o una razón *prima facie* para abstenerse de **ø**.[18]

Dos:

N es ***N*** si, y sólo si, ha sido establecida por $\mathcal{L}$ como tal.[19]

4. La falacia

El *open question argument* de Moore nos impide definir normas (jurídicas) en términos de razones, como si ser una razón fuera una «cualidad natural» de las normas. Si en cualquier definición propuesta, "norma" significa "razón", entonces cabe preguntar: ¿Es una norma una razón?[20]

---

[17] U órdenes jurídicos que han existido.

[18] Siendo **ø** una acción (efectiva o potencial) de $\mathcal{A}$.

[19] Y es eficaz.

[20] Siguiendo el argumento de Moore, mi tesis es que si la cuestión tiene sentido (esto es, si la respuesta negativa no es completamente contradictoria), entonces la definición no puede ser correcta, puesto que una definición, se supone, tiene que preservar el significado del término definido. Y si lo hace, la pregunta del tipo que hice sería absurda para cualquiera que entienda el significado de la palabra "norma". (*Vid.:* Hepburn, R.W. «The Naturalistic Fallacy», en Honderich, Ted (Ed.), *The Oxford Companion to Philosophy,* Oxford University Press, 1995, p. 606);... «Moore and the Naturalistic Fallacy», en 20th Century Western Ethics, *Encyclopaedia Britannica, CD,* Encyclopaedia Britannica, Inc. 1995.

¿No acaso esta última pregunta causa molestia, incomoda, por decir lo menos?

El hecho de que pueda describir normas en términos de razones no hace que las normas pierdan su carácter de normas. Ciertamente, puedo describir normas como motivos, causas, estímulos, *et sit cetera;* pero las normas son normas en virtud de que satisfacen la regla de reconocimiento de normas, con independencia de si satisfacen o no otro criterio en virtud del cual son reconocidas como motivos, causas, estímulos o razones. Esto trae como resultado una rapsodia de diferentes clases de cosas. Esto nos obliga a desenredar este lío.

Primero que nada preguntaría: ¿es verdad que una norma es una razón (o un tipo de razón) sólo porque un $\mathcal{L}$ legislador la ha establecido? Este enunciado, como ya hice notar, es falso. Pero si este enunciado fuera verdad los enunciados (9) "$\mathcal{D}$ es un conjunto de $\boldsymbol{N}_{(S)}$" y (10) "$\boldsymbol{N} \in = \mathcal{D}$" podrían ser naturalmente sustituidos por (11) "$\mathcal{D}$ es un conjunto de $\boldsymbol{R}_{(S)}$" y (12) "$\boldsymbol{R} = \mathcal{D}$". Creo fuertemente que estos últimos enunciados son del todo extraños en cualquier discurso jurídico (y, también, en el discurso ordinario).

¿Son tan cándidos los juristas que les tomó prácticamente un milenio percatarse de que las normas no eran sino razones? Un orden jurídico como conjunto de razones que funcionen como razones para todos los agentes es impensable. Es realmente difícil concebir que "norma" pueda ser equivalente a "razón".[22] Bastaría con preguntar nuevamente si es verdad que cualquier ***N*** establecida por el legislador funciona como una razón para todos en toda circunstancia.

5. *La objeción de* ignorantia iuris

Ignorantia iuris neminen excusat,[23] reza la máxima. La ignorancia del derecho, en general, no excusa su cumplimiento. A nadie se le permite excusarse sobre la base de la ignorancia del derecho.[24] Es ampliamente sabido que las normas (jurídicas) funcionan de esta manera (*i.e.* como normas), aun cuando la gente no las conozca o no reconozca que una norma sea una norma. Como señalé anteriormente, las razones son razones porque $\mathcal{A}_{(s)}$ (los agentes) que actúan sobre la base de ellas las tratan como tales. $\mathcal{A}_{(s)}$ (la

[22] Tenemos que recordar que $\mathcal{A}$ (el agente) es el hombre que actúa sobre la base de razones que reconoce como tales, y $\mathcal{S}$ (el súbdito) es el hombre a quien se le aplica el derecho.

[23] *Vid.:* Adolf, Berger, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law,* Philadelphia, The American Philosophical Society, 1968, p. 491. Para conocer algunos lineamientos de la doctrina, véase: *D. 22, 6, 1-6.* Los bizantinos firmemente sostenían: *«Constitutiones principum* [léase: ius] *nec ignorare quemquam nec dissimulare permittimus*.» (C. 1, 18, 12).

[24] *Vid.:* Walker, David M., *Oxford Companion to Law,* Oxford, Oxford University Press, 1980, p. 599.

gente) **adopta** (por así decirlo) razones. De otra manera no podría haber razones (para sus acciones). Tenemos razones que adoptamos, sin embargo las normas no tienen que ser adoptadas, las normas simplemente se aplican a la gente. El derecho se aplica *ex auctoritas* y la ignorancia de sus normas no excusa a nadie.[25] 𝒜 (el agente) no es 𝒷 (súbdito). ¿No es este hecho particular un rasgo característico de la autoridad (o fuerza) de las normas? Las normas son normas con independencia de las **consideraciones de los súbditos**.[26]

¿No es esto una diferencia definitiva? ¿qué no es claro que las normas y las razones operan de forma distinta? ¿qué son diferentes?

6. La «tijera de Bentham»

La «navaja de Ockham»[27] podría ser aplicada aquí para desenredar la confusión entre razones y normas. Si las normas son normas y las razones, razones, tenemos que tratarlas (explicarlas) de forma separada.

De hecho, Bentham aplica estrictamente el principio de Ockham en su clara distinción entre derecho y moral,[28] señalando simplemente que si realmente podemos describir el derecho sin recurrir a argumentos morales (como realmente hacemos), entonces tenemos que tratar al derecho y a la moral por separado.

De la misma manera: normas y razones. Realmente uno puede describir una norma (y los hechos sociales que la establecen) sin recurrir al concepto de razón.

---

[25] Si algunas excusas son admitidas es el propio derecho que las permite. De hecho, la doctrina de la *ignorantia iuris* está construida para justificar *exceptiones.*

[26] Ciertamente tengo presente los problemas de la *consuetudo contra legem* y del *tacitus consensus populi* (incluyendo la legitimidad), sin embargo voy a ignorar estas cuestiones en el presente ensayo.

[27] El celebrado principio: *non sunt multiplicanda entia praeter necessitatem* (*i.e.,* las entidades no deben ser multiplicadas más haya de lo necesario), también llamado "Ley de la economía" o "Ley de la parsimonia", fue establecido por Guillermo de Ockham (1285-1347/49). Ockham mencionaba su principio con frecuencia y lo usaba tan «filosamente» (*so sharply*) que fue llamado "la navaja de Ockham" (*Vid.: Encyclopaedia Britannica, CD-ROM,* Enciclopaedia Britannica Inc. 1995).

[28] En cuanto a la expresión "tijera de Bentham"» fue, en principio, un error; quise decir: "la navaja de Bentham" en alusión directa a la «navaja de Ockham», pero, tontamente, escribí "tijera" (supongo porque ambos utensilios cortan). Imperceptiblemente ese error lo repetí varias veces en clase. El hecho es que, incluso, ha aparecido publicado. (*Vid.:* mi ensayo «Dogmática jurídica y teoría moral», *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México, Abril 1996, Núm. 4, pp. 32-34) y mi libro: *Elementos para una teoría general del derecho,* México, Themis, 1998, p. 401) Algunos colegas (a quienes seguramente les hace gracia la expresión) me han pedido que lo conserve.

Es prácticamente obvio que los abogados y los juristas pueden determinar la existencia de las normas (y sus contenidos) sin necesidad de hablar de razones (para la acción).

Si tales enunciados son verdaderos como pienso que lo son, de ahí se sigue que las normas no pueden ser correctamente definidas como razones para la acción aun cuando las normas puedan ser consideradas una razón para la acción al describir el comportamiento del agente (sus intereses o deseos). De esta manera, Bentham diría (¿diría?) que el criterio de existencia de una norma es completamente diferente del criterio de existencia de una razón (para la acción). La existencia de una norma *vis à vis* de los súbditos es algo que simplemente pasa. Esto es, si conocemos lo que una norma es y cómo opera en el orden jurídico sin recurrir al concepto de razón, entonces las normas (desde un punto de vista jurídico) no pueden ser definidas en términos de razones para la acción.[29]

No obstante, es verdad que cuando $\mathcal{L}$ (el legislador) establece una norma, habitualmente pretende que esa norma se convierta en una razón para que los súbditos actúen (en consecuencia).

Pero el acto de voluntad de $\mathcal{L}$ no es una condición suficiente para que ***N*** sea ***R*** para que todo $\mathcal{S}$ actúe. La relación «norma-destinatario» no es en ningún sentido similar a la relación «razón-agente»: **las razones dependen de las consideraciones del agente, las normas ignoran las consideraciones del súbdito.**

III. Normas como razones de segundo orden

1. Revisión

Las normas, como ya señalé, pueden ser tomadas como razones para la acción. Un agente $\mathcal{A}$ puede actuar sobre la base de una norma, tomándola como razón para su acción (u omisión). $\mathcal{A}$ actúa sobre la base de una norma si ésta es una razón que vence otras razones. Si $\mathcal{A}$ actúa sobre la base de la norma ***N***, esto sólo significa que esta norma particular, habiendo sido tomada en consideración por $\mathcal{A}$, es, además, una razón (***R***) para que él actúe. En todo caso será una razón victoriosa, una razón que supera otras razones de $\mathcal{A}$.[30] Por el contrario, si $\mathcal{A}$ no actúa sobre la base de la norma que

[29] Jeremías Bentham encuentra que el derecho se presenta bajo una máscara y mucho de lo que escribió está destinado a quitársela. (*Cf.* Hart, H.L.A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory,* Oxford, Oxford University Press, 1982, p. 2). No debemos ponérsela de nuevo.

[30] Si actúo sobre la base de una norma puedo decir que «obedezco la norma». Sin embargo, esto no significa que siempre que me conforme con una norma equivalga a obedecerla. Conformarse con una norma puede depender de otras razones. Puede suceder que yo ignore la norma y, sin embargo, la cumplo si mi acto se conforma con lo que ella establece. Dicho bre-

ha tomado en cuenta, esto simplemente significa que ***N*** ha sido superada por otras razones de más peso que el agente pudo haber tenido (por ejemplo: una ideología particular, una decisión de desobediencia civil o, incluso, una razón trivial).

Las normas, como señalé anteriormente, pueden ser tomadas como razones (como cualquier cosa) si satisfacen lo que he denominado "la regla de reconocimiento de razones", esto es, si son reconocidas (consideradas) como tales por ***A*** (el agente). Ésta es la única forma de que las normas entren dentro de la clase de cosas a las cuales el agente les asigna cierta relevancia: la clase de «el balance de razones del agente».[31]

La resistencia a esta idea es, sin embargo, muy fuerte. Muchos autores piensan que la autoridad de las normas jurídicas depende del hecho de que las normas son razones de cierto tipo.

2. La noción

En lo que toca a este concepto me mantendré dentro de los límites de la teoría de Joseph Raz. Este conocido estudioso de Oxford explica que las razones pueden ocupar dos diferentes niveles: pueden ser razones ordinarias o bien razones de segundo orden. Las razones ordinarias son **razones para la acción** o para abstenerse de la acción. Esta idea puede ser claramente expresada por "**R ø**" y por "**R ~ø**" (donde *"**R**"*es una razón para realizar **ø**, "**ø**" es una acción específica y "**~ø**" su omisión). Por el contrario, las razones de segundo orden no son razones para la acción inmediata, sino para seleccionar o excluir razones para la acción.[32] Esta idea puede ser expresada por "R_2 ***r***" y "R_2 ***~r***" (donde "R_2" es una razón de segundo orden; "***r***" es una clase de razones y "***~r***" su exclusión).

Raz explica en varios ejemplos la forma en que funciona R_2. Permítaseme comenzar con el caso de las instrucciones del padre. Un padre le dice a su hijo: «obedece a tu madre». Esta instrucción es una ***razón para actuar por una razón***: una razón para actuar sobre la base de las instrucciones de su madre, las cuales son también razones. Este estado de cosas puede ser descrito perfectamente bien por R_2 ***r***, donde "R_2" representa la instrucción del padre y "***r***" una clase de razones (las instrucciones de la madre). Raz llama a esta razón R_2: "razón de segundo orden positiva".

---

vemente: puedo ignorar las normas que se me aplican y ser considerado un hombre cumplido (un *law-abiding man*).

[31] *Cf.: Practical Reason and Norms,* cit., p. 36. (*Razón práctica y derecho,* cit., p. 40); *Vid.:* Gans, Chaim, «Mandatory Rules and Exclusionary Reasons», en *Philosophy,* Vol. 15, 1986, p. 374.

[32] «...cualquier razón para actuar por una razón o para abstenerse de actuar por una razón» (Raz, Joseph, *Practical Reason and Norms,* cit., p. 39, [*Razón práctica y derecho*, cit., p. 44]).

Según Joseph Raz, hay también razones de segundo orden negativas. Supóngase que el padre, por el contrario, le dice a su hijo: «no obedezcas a tu madre». En este caso, el hijo tiene una ***razón para no actuar por una razón.*** Esta situación puede ser descrita por "R_2 $\sim r$", donde "R_2" es la instrucción del padre, "$\sim r$" es una clase de razones (las de la madre) las cuales están excluidas. Raz llama a las razones de segundo orden negativas: "**razones excluyentes**".[33]

Pienso que la idea de las razones R_2 es claramente captada en el ejemplo dado por Raz.[34] Al menos, uno puede distinguir un tipo de razones que funcionan seleccionando razones y, ciertamente, puedo representar gráficamente R_2 (las razones del padre) y distinguirlas de R_1 (las razones de la madre). En el ejemplo es igualmente fácil apreciar dos diferentes tipos de razones de segundo orden: las razones de segundo orden positivas y las excluyentes.

IV. Razones excluyentes

1. Primer acercamiento

En lo que a la explicación de las normas se refiere, la noción de razón excluyente es, según esta concepción, más importante. De hecho, Raz encuentra (o encontró) en esta noción el concepto maestro para caracterizar a las normas *(i.e.* directivas «autoritativas»[35]).

Voy a detenerme brevemente en esta subclase de razones de segundo orden (*i.e.* R_2 $\sim r$). Si funcionan como razones excluyentes, requieren que el agente ignore (*i.e.* pase por alto) alguna clase o algunas clases de razones.[36]

Permítaseme recapitular la descripción de una razón excluyente en el caso de la instrucción del padre. Un padre ordena a su hijo no obedecer a su madre (R_2 $\sim r$). Ésta es una razón de segundo orden que requiere que el hijo pase por alto las instrucciones de su madre (la clase de actos r). R_2 es clara-

---

[33] *The Authority of Law. Essays on Law and Morality,* Oxford, Oxford University Press, 1979, pp. 16-17 (existe versión castellana de Rolando Tamayo y Salmorán: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982, pp. 31-32).

[34] En este ensayo no abordaré la noción de R_2. Más bien asumo que funciona en el sentido de que hay algunos hechos (dichos, instrucciones, peticiones) que seleccionan o excluyen razones para la acción.

[35] *Sit venia verba.* "Autoritativa" resulta casi un barbarismo que debe leerse como "dotadas (las directivas) de autoridad" o simplemente "válidas".

[36] Como más adelante mostraré las normas requieren normalmente que el agente ignore todas las razones salvo una. El propósito de introducir razones excluyentes no consiste en modificar el balance de razones, sino excluir la acción (así ordenada) del balance de razones. En este hecho reside, según Raz, la diferencia entre órdenes (léase "normas")y peticiones (*Cf:* Raz, Joseph. *The Authority of Law,* cit. p. 23. [*La autoridad del derecho,* cit., pp. 38-391]).

mente diferente de $\boldsymbol{R_1}$, (cualquier razón de primer orden, incluyendo cualquier miembro de ***r,*** las cuales están excluidas). Asumiendo, obviamente, que la orden del padre ha sido considerada como una razón por Juan (el agente, en el caso el hijo) y, en particular, ***como una razón excluyente*** (*i.e.* $\boldsymbol{R_2 \sim r}$).

2. La prueba del recalcitrante

Sin duda puedo ***adoptar*** (considerar) razones de segundo orden (incluyendo razones excluyentes). Lo puedo hacer siempre que satisfagan la regla de reconocimiento de razones. Pero, además de esto, una condición adicional tiene que ser satisfecha cuando adopto (acepto) razones excluyentes: tengo que aceptarlas como tales (*i.e.* como razones excluyentes) y consecuentemente ***tengo que ignorar todas las razones que éstas excluyen.*** Tenemos que tener muy claro que esto sucede[37] en razón de lo que hago, esto es, por el hecho de que yo adopto ***N*** como un tipo de $\boldsymbol{R_2 \sim r}$, y no porque ser $\boldsymbol{R_2}$ pudiera ser una cualidad de las normas.

Veamos una versión un tanto diferente de este ejemplo (el caso del tazón de «avena»). La instrucción (orden o directiva) es clara: "Juan, actúa sobre la base de lo que tu madre dice y no tomes en cuenta cualquier razón que pudieras tener". El espectro de posibilidades es el siguiente: (1) Juan puede adoptar la instrucción de su padre (reconociéndola como razón) y puede considerarla, además, como excluyente y, por tanto, ignorar toda razón que pudiera tener. (2) Juan puede considerar la directiva de su padre, pero sólo como una razón ordinaria. (3) Juan puede ignorar totalmente tal directiva.[38]

Durante un cierto tiempo Juan considera la orden de su padre como una razón excluyente y siempre que su madre le ordena algo él actúa sobre la base de lo que ella dice (incluyendo la puesta del abrigo viejo y feo[39]), ignorando cualquier razón que él pudiera tener. Pero, un buen día, la madre de Juan le dice no sólo que se ponga el abrigo viejo y feo, sino que coma un tazón de avena. Ésta fue la gota que derramó el vaso. Juan decide desobedecer sistemáticamente. A partir de entonces, Juan actúa sobre la base de sus propias razones; actúa sobre la base de sus propias razones para no comer avena: la avena se ve horrible, huele horrible y sabe horrible; su ingestión lo hace vomitar, siempre se pone malo y recordar la avena lo deprime profundamente.

Desde que Juan empezó a actuar sobre la base de sus propias razones, la directiva de su padre, *eo ipso*, perdió su carácter de razón excluyente. Des-

---

[37] Sucede porque yo hago que suceda.

[38] Juan pasa por alto esta directiva porque no le importa o porque ya aceptó una razón excluyente que le ordena actuar sobre la base de lo que su padre diga.

[39] Así es el ejemplo de Joseph Raz. (*Cf.: The Authority of Law,* cit., p. 17 [*La autoridad del derecho,* cit., p. 331]).

de ese preciso momento la directiva de su padre, si no ignorada, descendió al nivel de razón ordinaria (por lo menos en lo que a la avena se refiere). No fue fácil para Juan desobedecer a su madre adorable. Fue peor desobedecer a su estricto padre (Juan sabe muy bien las consecuencias que esta desobediencia puede acarrear). Pero desde ese día, Juan no comió, no come y no comerá jamás avena, sin importar lo que pueda pasarle. De esta manera, Juan se convirtió en un recalcitrante (gracias a la avena).

Según la teoría que aquí es analizada, las órdenes (léase "directivas" o "normas") son razones excluyentes. Pero, como hemos visto, una vez que las directivas pierden su carácter excluyente, pierden también ese rasgo peculiar en el que reside su particular característica autoritativa o normativa. Si una razón no es una razón excluyente, de acuerdo con la teoría aquí analizada, no es una orden (no es una norma). Pero ¿es así? Supongamos que le preguntamos a Juan sobre la orden de su padre. ¿Cree usted que Juan piensa que la orden de su padre ha desaparecido? ¿que ya no existe? Por supuesto que no, la orden existe, es precisamente la orden que Juan desobedece. Juan podría estar pagando las consecuencias de su desobediencia.

Supongamos que las consecuencias para Juan son desastrosas y su hermano, Alberto, astutamente decide, por razones prudenciales, no desafiar a su inflexible y victoriano padre, por lo menos mientras no pueda evitar el castigo. Para Alberto, la directiva de su padre (dirigida a él también) no es adoptada (considerada) como una razón excluyente. Es una razón ordinaria. Ciertamente es una razón de peso que supera todas las razones que Alberto puede tener. Pero, cabe preguntar: ¿es o no la directiva del padre una orden para Alberto? ¿existe o no? Por supuesto es una orden, una orden que efectivamente existe, no obstante no sea una razón excluyente. Pregúntese a Alberto si no es sobre la base de la orden de su padre que él está actuando, aunque ésta no sea una razón excluyente.

Es realmente paradójico que el rasgo característico de las órdenes (normas o directivas) pueda ser eliminado de ciertos hechos y que éstos continúen comportándose como órdenes (normas). Esto debe recordarnos la objeción de *ignorantia iuris* o la tijera de Bentham: las normas son normas aun cuando no sean consideradas razones excluyentes o si no son consideradas como razones en absoluto.

Lo que pasa con Juan y su padre (y con Alberto), pasa igual con una norma jurídica, por ejemplo, con una resolución de un juez. Simplemente supóngase que la instrucción del padre es una decisión judicial que ordena que la parte convicta pague una suma de dinero (y que ignore, *ab obvo,* cualquier otra razón que pudiera tener). El espectro de las posibilidades de la parte perdedora es exactamente igual al que enfrenta Juan, a saber: (1) Puede adoptar (considerar) la decisión del juez y tomarla como una razón ex-

cluyente y, por tanto, ignorar las otras razones que pueda tener. (2) Puede considerar la decisión del juez, pero sólo como razón ordinaria. El convicto es un *capo* y como pantomima decide, por razones prudenciales, someterse al derecho. (3) Puede ignorar por completo esta directiva (es recalcitrante como lo fue Juan).

En el extremo, la gente puede nunca reconocer que una directiva es una razón excluyente. La gente puede ignorar las normas no obstante se sostenga que obedecer normas es un tipo de racionalidad. De hecho, la idea de describir normas (directivas u órdenes) como razones excluyentes está encubierta con sutiles argumentos a través de los cuales se introduce la idea de racionalidad o de autoridad que, de alguna manera, se encuentran detrás de las normas jurídicas.

Pasemos a otro ejemplo. Imaginémonos un pasajero (en el caso del naufragio[40]) que defiende tenazmente su autonomía moral y en nombre de la sacrosanta racionalidad decide ponderar (reconsiderar) todas las órdenes dadas por el capitán. Este hombre (posiblemente el único pasajero ahogado) no reconoce las órdenes del capitán como razones de segundo orden, sino sólo como razones ordinarias. Aquí tenemos el vívido (o fatal) ejemplo de un agente que rehúsa pasar por alto otras razones (ordinarias). En razón de su testarudez, las órdenes del capitán no cuentan lo suficiente en su balance de razones. Pero supongamos qué no obstante su necedad, miembros de la tripulación lo hacen obedecer. En este caso las órdenes del capitán son normas, normas que se aplican incluso a los recalcitrantes, contra su voluntad (y contra su balance autónomo de razones).

3. Segunda aproximación

Joseph Raz proporciona otros ejemplos de razones de segundo orden, los cuales, de alguna manera, contrastan con los que he analizado anteriormente. Todos muy claros. Sin duda. En ese aspecto no hay problema. El problema radica en la forma en que operan en ellos las razones excluyentes. Haré un pequeño resumen de los ejemplos que proporciona Raz, los casos: Ana, Jeremías y Colín.[41]

Ana. Ana está muy cansada y, en tal virtud, por su fatiga, decide no considerar una complicada oferta de inversión y, consecuentemente, rechaza la oferta.[42]

---

[40] Raz toma este ejemplo de R.P. Wolff (*Cf.*: en *Defense of Anarchism,* Nueva York, Harper and Raw, 1970, p. 14). Raz usa este ejemplo para mostrar que la aceptación de la autoridad requiere de la existencia de «razones de segundo orden válidas» (*Cf.*: *The Authority of Law, cit.* pp. 26-27 [*La autoridad del derecho,* cit., pp. 41-43]).

[41] *Vid.:* Gans, Chaim. «Mandatory Rules and Exclusionary Reasons», cit., p. 374.

[42] *Cf.*: *Practical Reason and Norms, cit.,* p. 39 *(Razón práctica y normas,* cit., pp. 42-43).

Jeremías. Jeremías es un soldado. Su superior le ordena tomar un vehículo que pertenece a un civil. Jeremías, en el caso que analizamos, está consciente del hecho de que tomar el vehículo es un exceso y conoce mejores formas para lograr lo que su superior quiere. Jeremías es un buen soldado y, no obstante sus propias consideraciones, recuerda que «...**órdenes son órdenes y deben ser obedecidas aun sean equivocadas.** ...»[43]

Colín. Colín promete a su esposa que en todas las decisiones que afecten a su hijo él actuará únicamente viendo el interés de su hijo, ignorando cualquier otra razón. Colín tiene fuertes razones para actuar de tal manera que no corresponde completamente con lo prometido, sin embargo cumple con su promesa y pasa por alto las fuertes razones que tenía.[44]

La noción de razón excluyente es claramente descrita en los ejemplos dados por Raz. Sin duda podemos distinguir cierto tipo de actos (la fatiga, una orden, una promesa) que funcionan excluyendo razones: todas las razones que pertenecen a la clase de miembros del balance de razones excepto ellas mismas.

Estos tres casos difieren de aquél de la instrucción del padre. En este último existen dos instrucciones diferentes. La primera, la del padre (una razón para no actuar por una razón, *i.e.* $\boldsymbol{R_2 \sim r}$) y, la segunda, la de la madre. Consecuentemente, tenemos dos tipos de instrucciones, emitidas por dos **diferentes** fuentes, en dos **diferentes** momentos. Si ambas instrucciones (consistentes en dos hechos completamente diferentes) satisfacen la regla de reconocimiento de razones, ambas funcionan como razones para el agente. En los otros tres casos, no hay dos actos de emisión de instrucciones (por así decirlo). Raz considera la fatiga de Ana, la orden del superior y la promesa de Colín como una sola y única razón que el agente tiene que enfrentar (una razón, de alguna manera, **externa** a aquellas que pertenecen al balance de razones que tienen que ser pasadas por alto o excluidas). Joseph Raz señala que «...el mismo hecho [como sucede en los tres últimos casos] es, al mismo tiempo, una razón para la acción y una razón (excluyente) para pasar por alto las razones en su contra»[45]. De esta peculiar opinión resulta un tipo de enredo.

4. El enredo

Voy a analizar el caso de Jeremías en donde una norma es dictada. Dos diferentes aspectos entran en juego aquí. El primero, la orden dictada, y el segundo, **el hecho de que uno tiene que pasar por alto todas las otras ra-**

---

[43] *Cf.: Practical Reason and Norms,* cit., p. 38 (Razón práctica y normas, cit., p. 43).

[44] *Cf.: Practical Reason and Norms,* cit., p. 39.

[45] *The Authority of Law,* cit. p. 18. (*La autoridad del derecho,* cit., p. 33).

zones (de primer orden). Lo que es difícil de aceptar es la tesis de Raz de que estos dos aspectos se encuentran en la sola y misma orden «toma el vehículo» dada por el superior.

En el caso de Jeremías (como en los otros casos) no es problema separar los ***dos niveles de consideraciones***. Uno: la orden dada por el superior «toma el vehículo» (una razón de primer orden) y dos, otra proposición:[46] "las órdenes (militares) deben ser obedecidas sin considerar sus propios méritos" (una razón de segundo orden). Esta última razón, sin duda es parte de la situación. Si no fuera así, ¿de dónde hubiera sacado Jeremías la idea de que «las órdenes son órdenes»? (para usar las mismas palabras de Raz).

La orden del superior ($\boldsymbol{R_1}$) podría haber sido fácilmente superada si Jeremías, no siendo soldado, hubiera podido considerar y ponderar otras razones para decidir. Estas razones no fueron siquiera consideradas porque Jeremías, previamente, adoptó otra directiva: "las órdenes (militares) deben ser obedecidas sin considerar sus propios méritos", en otras palabras: "órdenes son órdenes", es una razón $\boldsymbol{R_2}$ que gobierna la acción de Jeremías (en lo que atañe a los asuntos militares).

De cualquier modo, $\boldsymbol{R_2}$ no hubiera podido ser $\boldsymbol{R}$ si Jeremías no la hubiera identificado como $\boldsymbol{R}$. El dicho "órdenes son órdenes..." en tanto que intervinieron en la consideración de Jeremías, es una razón para que él actúe. Y siendo una razón ($\boldsymbol{R}$), es, además, tomada como una razón de segundo orden, simplemente porque Jeremías decide ***jugar el juego del soldado.***[47]

De hecho Jeremías enfrenta dos diferentes situaciones. La primera es la decisión de «jugar al soldado» y la segunda, es la orden del superior.[48] Jeremías obedecerá las órdenes de su superior mientras continúe «jugando al soldado». Jeremías puede abandonar (él puede desertar e, incluso, resistir a la autoridad), sin embargo hasta ahora él tiene que jugar el «juego». Este «juego» es fácil de jugar. Como cualquier otro juego, este juego se juega obedeciendo, únicamente con «jugadas del juego», las órdenes militares superiores.

En contraposición con esto, Raz considera la orden del superior (en realidad una única razón) como si fuera al mismo tiempo una razón de segundo orden y una razón de primer orden.

No cabe duda que en casos como los de Jeremías existen $\boldsymbol{R_1}$ y $\boldsymbol{R_2}$. Esto es indisputable. Es igualmente indisputable que $\boldsymbol{R_1}$ evoca o presupone $\boldsymbol{R_2}$.[49]

---

[46] Presupuesta en la orden del superior. Lógicamente una proposición anterior.

[47] Puede ocurrir que la decisión de jugar al soldado no sea siempre completamente «libre», como sucede en los casos de reclutamiento forzoso y leva.

[48] Aunque estas dos diferentes situaciones son generalmente dos diferentes momentos, puede ocurrir que estos dos momentos puedan ocurrir en acciones del agente que se presenten prácticamente de forma simultánea. Sin embargo es fácil observar que la decisión de jugar al soldado y la orden del superior son dos hechos totalmente diferentes.

[49] La orden del superior, de alguna manera, presupone la regla fundamental del juego.

Sin embargo, el hecho de que una razón evoque otra razón no es suficiente para tratarlas como si fueran una y la misma razón. La construcción de esta «razón excluyente-de primer orden» es realmente una entidad extraña.

Esta rara razón (de segundo orden-excluyente-de primer orden) es la clave de la explicación de las normas. De hecho según Raz este dato constituye el rasgo característico de las normas. Así, de conformidad con esta tesis, ***N*** es una entidad que participa de dos características incompatibles: es una razón de primer orden y una razón de segundo orden excluyente, al mismo tiempo, una criatura hipostática, realmente mitológica. ¿Cómo puede ser que un mismo hecho (*i.e.* una directiva) pueda ser, para el mismo agente y en una misma situación, una $\boldsymbol{R_1}$ y una $\boldsymbol{R_2}$ a la vez?[50]

V. Argumentación (razonamiento) jurídico

1. El planteamiento

¿Cuándo, por qué y para qué usamos normas como razones (para la acción)? Una respuesta es la siguiente: usamos normas para respaldar (justificar) jurídicamente o desacreditar la conducta humana, esto es lo que la profesión jurídica ha hecho por milenios. En este momento quiero distinguir dos cuestiones que reflejan dos diferentes situaciones: la situación de primer nivel (en la cual el agente no juega juego alguno) y el punto de vista jurídico (en el cual se presenta una regla de segundo orden que identifica las «jugadas del juego»). En cuanto a la situación de primer nivel, la hemos abordado en los casos analizados anteriormente. En cuanto a la situación del punto de vista jurídico, éste se parece notablemente a la situación en que encontramos a Jeremías frente a las órdenes de su superior.

Voy a sostener la tesis de que la argumentación y, en particular, la argumentación jurídica, puede ser descrita en cercana analogía con ***jugar juegos.*** Al menos con el de Jeremías, cuando decide ***jugar al soldado***.

Al principio de este ensayo señalé que dos preguntas habían afectado profundamente a la humanidad, a saber: "***¿qué es?***" y "***¿qué hacer?***". Consecuentemente podemos distinguir dos problemas: ¿qué es una norma?, por un lado, y ¿qué hacer con las normas?, por el otro. Así, resulta muy importante distinguir entre la descripción de (la naturaleza) de una norma jurídica y la forma como ésta puede funcionar como una razón (si así es considerada).

---

[50] Una orden realmente primera, dada realmente por el primer líder sobre la tierra, aunque sea una y misma orden, presupone una norma fundamental: "obedece al primer líder (y pasa por alto otras razones)". Ésta es la única forma de que alguien sea primer líder. Si algunos hombres le obedecen es porque han adoptado la norma fundamental: una norma que no fue establecida por el primer líder.

En este mismo orden de ideas, es importante distinguir entre la aplicación de normas[51] y la argumentación jurídica (*i.e.* el juego de la justificación jurídica), juego básicamente gobernado por la dogmática jurídica.

En cuanto a la cuestión "¿qué hacer con las normas (jurídicas)?" observo las situaciones siguientes:

(10) Puedo ignorar ***N*** (ningún juego se juega)

O bien:

(11) puedo tomar en cuenta (considerar) ***N***.

En este último caso, surgen tres situaciones posibles:

(11.1) Puedo actuar sobre la base de ***N***, si ***N*** vence a las razones en contra[52] (ningún juego se juega),

(11.2) Puedo actuar de otra manera no obstante ***N***.[53] (ningún juego se juega)

O bien:

(11.3) Considero ***N*** y decido que ***N*** sea el único tipo de razones sobre la base de las cuales voy a actuar (un juego se juega).

En este último enunciado se encuentra la clave para entender el juego de la argumentación jurídica.

2. Juguemos (juegos)

Supongamos que el padre de los anteriores ejemplos decide jugar ajedrez con Juan, su hijo. El padre, irritado por el curso que ha tomado el juego, decide mover su «rey» cinco cuadros de manera diagonal, arguyendo que si los «alfiles» lo pueden hacer, el «rey» no puede ser menos. No obstante el argumento, Juan descalifica la acción diciendo que ***no es una jugada del juego***. Más tarde, el padre de Juan objeta airadamente un «enroque» realizado por Juan, arguyendo que es injusto toda vez que él estaba atacando ciertos cuadros y, ahora, el «enroque» hace que sus jugadas sean completamente inútiles. A esto Juan contesta que el «enroque» ***es una jugada del juego***. Después de esto, el padre de Juan pierde un peón por una captura «al paso». El padre, alegando que ignoraba que se pudiera «comer al paso» reclama la devolución de su peón. Juan dice que «comer al paso» es ***una jugada del juego*** y, por tanto, la jugada se mantiene. Manifiestamente incómodo, el padre de Juan interrumpe el juego diciendo a su hijo: «estoy harto de tu estúpido estribillo "una jugada del juego". ¡Vete a tu cuarto! Voy a

[51] Cómo son aplicadas a los súbditos por los órganos jurídicos.

[52] Yo actúo sobre la base de ***N*** si, además del hecho de que las razones en contra de la acción han sido vencidas, actuaría de otra manera si ***N*** no hubiera sido tomada en cuenta en mi deliberación.

[53] ***N*** es una razón vencida por otras razones o es sólo una razón complementaria (pero débil) para actuar.

continuar el juego con "jugadas" de mi propio juego. En esta casa soy yo quien decide qué es una "jugada del juego"». Sin embargo, el padre de Juan sabe perfectamente bien que esto no es verdad y que si quiere ganarle a su hijo un juego de ajedrez, la única manera de hacerlo es usando únicamente «jugadas del juego» y no con autoridad paterna.

Juan, prudentemente, se fue a su cuarto jugando el juego del «hijo obediente», sabiendo que el ajedrez, como cualquier otro juego, se juega ***exclusivamente con jugadas reconocidas como jugadas del juego***.

La moraleja de este ejemplo es que cuando ***decidimos*** jugar juegos adoptamos la regla fundamental del juego, la cual podría formularse como sigue:

> Juega sólo con jugadas del juego y pasa por alto cualquier razón que puedas tener.

Es claro que la regla fundamental del juego funciona como una razón de segundo orden que selecciona las razones que están admitidas en el juego (ninguna otra es admitida). En otras palabras: la regla fundamental del juego nos dice que pasemos por alto (que ignoremos) cualquier otra cosa que no sea una jugada del juego. En la confrontación el juego impone a los jugadores un simple código: haz jugadas del juego.

Las «jugadas del juego» son identificadas por las reglas que constituyen el juego (las reglas que lo gobiernan[54]). De esta forma, la regla fundamental del juego puede ser reformulada como sigue:

> Al jugar juegos, actúa únicamente sobre la base del conjunto de reglas que identifican sus jugadas (y, *ab obvo,* ignora cualquier otra consideración).

No es difícil entender que si ***decidimos***[55] jugar un juego tenemos que pasar por alto cualquier razón que no pueda ser identificada como jugada del juego. Cuando jugamos juegos ***adoptamos*** la regla fundamental del juego (la *grundnorm*), la cual funciona como una razón de segundo orden.

5. El «juego» del derecho

Lo que los jugadores *(quae* jugadores) hacen con las reglas del ajedrez o con las reglas de cualquier otro juego, algunos individuos (en su mayoría, miembros de la profesión jurídica), lo hacen con las normas jurídicas cuan-

---

[54] Sobre este particular, *Vid.:* Robles, Gregorio, *Las reglas del derecho y las reglas del juego,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988; Schauer, Frederick, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of the Rule-Based Decision-Making in Law and in Life,* Oxford, Oxford University Press, 1991.

[55] Repetidamente he escrito las diferentes inflexiones del verbo "decidir" en «negrillas», solo para subrayar la idea de Philippa Foot adelantada al principio de este ensayo en el sentido de que las razones para la acción tienen más que ver con las inclinaciones y las decisiones del agente.

do ***deciden*** jugar el juego de la «argumentación jurídica» y **adoptan la correspondiente norma fundamental**.

Es muy importante tener en mente que una cosa es considerar a las normas desde el punto de vista de ∡ (situación de primer orden) y muy otra es jugar a «la argumentación jurídica». En este «juego» los jugadores tienen que pasar por alto todo tipo de razones salvo uno: el que constituye el punto de vista jurídico. El punto de vista jurídico es proporcionado por las normas jurídicas que gobiernan el «juego»[56]. No sólo agentes pueden jugar el juego. Es suficiente con adoptar el punto de vista jurídico: «juega actuando sólo sobre la base de normas jurídicas».

El juego es una confrontación entre dos partes (si son más, se dividen en dos bandos: con el actor o con el demandado). Tratan de probar que lo que ellos hacen (hicieron o harán) es ***jurídicamente justificado,*** de conformidad con las normas jurídicas que, consideran, se aplican a este hecho. Las partes defienden diferentes posiciones como, por ejemplo, la «naturaleza» del hecho o la definición que le corresponde o la determinación de las normas aplicables al hecho.[57]

La más clara expresión de la confrontación es la disputa en el tribunal. El litigio tiene que resolverse por un tercero (*iudex, arbiter*) quien se encuentra por encima de las partes (*pro tribunale*). El juez no sólo decide (resuelve) la disputa sino que además «conduce» el proceso, admitiendo o rechazando «jugadas». *Ab obvo,* las únicas «jugadas» admitidas son las que son reconocidas por las normas jurídicas aplicables al juego.

La confrontación puede ser hipotética y ser realizada por una sola persona.[58] Pero aun en este caso el juego adopta una forma de confrontación.

De esta manera, tenemos que ningún tipo de razones participa en esta confrontación salvo las normas jurídicas. Ciertamente, jugar el juego de la argumentación jurídica requiere de una norma fundamental del juego, la cual es una razón de segundo orden que, precisamente, establece que únicamente normas jurídicas son admitidas y que todas las otras razones son excluidas.[59]

---

[56] Y las meta-reglas que gobiernan la profesión jurídica.

[57] Las partes no necesitan estar en posiciones diametralmente diferentes, es suficiente con defender diferentes puntos de vista con el propósito de obtener diferentes resultados (consecuencias).

[58] Cualquier individuo puede adoptar el punto de vista jurídico y decidir dar una calificación jurídica privada a un hecho particular (normalmente suyo) o consultar a un profesional. Un profesor de derecho puede adoptar el punto de vista jurídico para muchas situaciones hipotéticas. De este modo tenemos argumentos, privados, doctrinales y oficiales. Sólo los oficiales son obligatorios.

[59] Para los propósitos de este ensayo voy a ignorar los problemas de la «textura abierta». Me mantendré dentro de los límites del «standard work» de los pronunciamientos judiciales en los que el universo de las normas jurídicas es >: (igual o mayor) que el universo de casos.

Jueces y abogados (en tanto tales) no se encuentran en una situación de primer orden. Ellos adoptan el punto de vista jurídico. Las partes, en tanto hacen lo que los abogados (y jueces) dicen, adoptan el punto de vista jurídico.

Esto, por supuesto, es una simplificación extrema del proceso. Todo el mundo sabe que el proceso jurisdiccional alcanzó un gran nivel de sofisticación desde tiempo atrás. La idea de este ensayo no era describir la alta complejidad del proceso jurisdiccional ni de los pronunciamientos judiciales, la idea es meramente probar que existe realmente una razón de segundo orden, detrás de estas instituciones, a saber: la regla fundamental de la argumentación jurídica.

Sólo resta decir que la aplicación de las normas para identificar (y justificar una acción) no es fácil. Corresponde a la dogmática jurídica decir cómo aplicar las normas jurídicas (determinando su peso, alcance, *et sit cetera*).

VI. Bibliografía

AARNIO, AULIS, *The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification.* Amsterdam, D. Reidel Publishing Company, 1987 (*Lo racional como razonable,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (Colección el Derecho y la Justicia, Núm. 21)).

ALCHOURRÓN, CARLOS. E., «Logic of norms and logic of normative propositions», en *Logique et Analyse,* 1969, 12, 242-268;

ALCHOURRÓN, CARLOS E. y BULYGIN, EUGENIO, *Análisis lógico y derecho,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. (Colección el Derecho y la Justicia, Núm. 24).

- «Definiciones y normas», en E. Bulygin et. al (Eds.), *El lenguaje del Derecho,* Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 11-42.
- «Norma jurídica», en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (Eds.). *El derecho y la justicia,* Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Madrid, Editorial Trotta, Boletín Oficial del Estado, 1996, pp. 133-147.
- *Normative Systems,* Springer, Viena/Nueva York, 1971.
- *Sobre la existencia de las normas jurídicas,* México, Distribuciones Fontamara, 1993 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 39).

ALEXY, ROBERT, *A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification,* trad. por Ruth Adler i Neil MacCormick, Oxford, Oxford University Press, 1989 *(Theorie der juristischen Argumentation: Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung,* Francfort, Suhrkamp Verlag, 1978).

- *Derecho y razón práctica* (trad. por Manuel Atienza, Pablo Larrañaga y Carlos de Santiago), México, Distribuciones Fontamara, 1993 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 30).
- «La idea de una teoría procesal de la argumentación jurídica» (trad. por Carlos de Santiago), en Garzón Valdés, Ernesto (Com.), *Derecho y filosofía,* México,

Distribuciones Fontamara, 1993. pp. 43-57. (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 18).

ATIENZA, MANUEL, «Argumentación jurídica», en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (Eds.), *El derecho y la justicia,* cit., pp. 231-238.

- *Las razones del derecho. Teoría de la argumentación jurídica,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (Cuadernos y Debates, Núm. 31).

AUSTIN, JOHN L., *How to Do Things with Words,* Oxford, Oxford University Press, 1962.

BALDWIN, THOMAS. *G.E. Moore,* Londres, 1990.

BAYÓN MOHÍNO, J.C., *La normatividad del derecho: Deberes jurídicos y razones para la acción,* Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991 (Colección el Derecho y la Justicia, Núm. 26).

BENTHAM, JEREMY, *On Laws in General,* H. L. A. Hart (Ed.), Athlone Press, Londres, 1970.

BERGER, ADOLF, *Encyclopaedic Dictionary of Roman Law,* Philadelphia, The American Philosophical Society, 1968.

BIX, BRIAN, *Law, Language, and Indeterminacy,* Oxford, Oxford University Press, 1993.

CARCATERRA, GAETANO, *La forza costitutiva delle norme,* Roma, Bulzoni Editore, 1979.

FARRELL, MARTÍN D., «Obligaciones jurídicas y razones para actuar», en *Revista de Ciencias Sociales,* Facultad de Ciencias Jurídicas, Económicas y Sociales, Núm. 28, 1986, pp. 271-295, Valparaíso.

FOOT, PHILIPPA, *Virtues and Vices and Other Essays in Moral Philosophy,* Oxford, Basil Blackwell, 1978.

GANS, CHAIM, «Mandatory Rules and Exclusionary Reasons», en *Philosophia,* Vol. 15, 1986, pp. 373-394.

GUASTINI, RICCARDO, *Le fonti del diritto e l'interpretazione,* Milán, Guiffrè Editore, 1993.

- *Lezioni sul linguaggio giuridico,* Giappichelli Editore, Turín, 1985.

GUIBOURG, RICARDO A., *Deber y saber. Apuntes epistemológicos para el análisis del derecho y la moral,* México, Distribuciones Fontamara, 1997 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 57).

- *Derecho, sistema y realidad,* Buenos Aires, editorial Astrea, 1986 (Filosofía y Derecho, Núm. 13).

- *El fenómeno normativo. Acción, norma y sistema. La revolución informática. Niveles del Análisis jurídico.* Buenos Aires, Astrea, 1987 (Filosofía y Derecho, Núm. 14).

HART, H. L. A., *The Concept of Law,* Clarendon, Oxford, 1961. (Existe versión castellana por Genaro Carrió: *El concepto de derecho,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992 (1963).

- «Commands and Authoritative Reasons», en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory,* Oxford, Oxford University Press, 1982, pp. 243-268.

- «Introduction», en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory,* cit. pp. 1-20.
- «Legal Duty and Obligation», en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory,* cit. pp. 127-161.

HOLLIS, MARTIN, *Reasons in Action. Essays in the Philosophy of Social Science,* Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

HONDERICH, TED, *Oxford Companion to Law,* Oxford University Press, 1995.

KELSEN, HANS, *General Theory of Norms,* Trad. por Michael Hartney, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- *Reine Rechtslehre,* Deuticke, Viena, 1960 (*Teoría pura del derecho,* trad. por Roberto J. Vernengo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1991 (1979)).

LAPORTA, FRANCISCO, *Entre el Derecho y la moral,* México, Distribuciones Fontamara, 1993 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 26).

MACCORMICK, NEIL, *Legal Reasoning and Legal Theory,* Oxford, Oxford University Press, 1978.

MAZZARESE, TECLA, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziarie,* Turín, G. Giappichelli Editore, 1996 (Analisi e Diritto. Serie Teorica, 25).
- «La interpretación como traducción. Esclarecimientos provenientes de una analogía común», trad. por Rolando Tamayo y Salmorán, en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México, Octubre de 1998, pp. 73-97.

MIERS, DAVID y TWINING, WILLIAM, *How to do Things with Rules, Vid. infra:* Twinning, W.

MOORE, GEORGE EDWARD, *Principia Ethica,* Cambridge, 1903.

NAVARRO, PABLO y REDONDO, CRISTINA, *Normas y actitudes normativas,* México, Distribuciones Fontamara, 1994 (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, Núm. 36).

NINO, CARLOS S., *La validez del Derecho,* Buenos Aires, Astrea, 1985.
- «Razón y prescripciones» en *Análisis Filosófico,* Núm. 1, pp. 37-48, 1981.

OLIVECRONA, KARL, «Legal Language and Reality», en *Essays in Jurisprudence in Honor of Roscoe Pound,* Bobb Merril Co. Inc., Indianápolis (*Lenguaje jurídico y realidad,* trad. Ernesto Garzón Valdés, México, Distribuciones Fontamara, S.A. 1991.
The Imperative Element in Law [*Der Imperative des Gesetzes*].

ORTIZ, JAVIER, ¿Puede haber razones jurídicas autoritativas? en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Razones para actuar sistemas jurídicos y desobediencia civil, México, Distribuciones Fontamara, (Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política [en prensa].

PARFIT, DEREK, *Reasons and Persons,* Oxford, Oxford University Press, 1984.

PERRY, STEPHEN R., «Interpretation and Methodology in Legal Theory», en Marmor, Andrei (Ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Theory,* Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 97-135.

- «Second-Order Reasons, Uncertainty and Legal Theory», en *Southern California Law Review,* Vol. 62, 1989, pp. 913-994.

PERELMAN, CHAYM, *La lógica jurídica y la nueva retórica,* trad. por Luis Díez Picazo, Madrid, Civitas, 1989 (*Id. Logique juridique-Nouvelle rhetorique,* París, Dalloz, 1976.

RAZ, JOSEPH, «Autoridad, derecho y moral», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México [en prensa] («Authority, Law, and Morality» en *The Monist,* Vol. 68, Núm. 3, 1985).

- «Autoridad y justificación», trad. por Rolando Tamayo en *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México [en prensa]. («Authority and Justification» en *Philosophy & Public Affairs,* Vol. 14, Núm. 1, 1985, pp. 3-29.

- «El problema de la naturaleza del derecho», trad. por Rolando Tamayo in *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México, («The Problem about the Nature of Law», en Gottorm, Flýstad [Ed.]. *Contemporary Philosophy. Vol. 3. Philosophy of Action,* The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1983, también en *University of Western Ontario Law Review,* Vol. 21, Núm. 2. December, 1983, pp. 203-218. Después en Raz, Joseph, *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics,* Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 179-193).

- *Ethics in the Public Domain. Essays in the Morality of Law and Politics, op. ul. cit.*

- «Facing Up A Reply» en *Southern California Law Review,* Vol. 62, 1989, pp. 1153-1235.

- «Interpretation without Retrieval», en Marmor, Andrei (Ed.), *Law and Interpretation. Essays in Legal Theory,* Oxford, Oxford University Press, 1995. pp. 155-175.

- «Reasons for Actions, Decisions, and Norms» en Raz, Joseph (Ed.), *Practical Reasoning,* Oxford, Oxford University Press, 1978, pp. 128-143.

- «¿Por qué interpretar?», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México, Núm. 5, Octubre 1996, pp. 25-40. México.

- *Practical Reason and Norms,* Hutchinson, Londres, 1975 (*Razón práctica y normas,* trad. Juan Ruiz Manero, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991. [Colección el Derecho y la Justicia, Núm. 271).

- *The Authority of Law. Essays on Law and Morality,* Oxford, Oxford. University Press, 1979. (Existe versión castellana de Rolando Tamayo y Salmorán: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1982.

- *The Morality of Freedom,* Oxford, Oxford University Press, 1986.

REDONDO, CRISTINA, «¿Razones internas s. razones externas?», en *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Instituto Tecnológico Autónomo de México, Núm. 4, abril, 1996, pp. 135-145.

REDONDO, CRISTINA y NAVARRO, PABLO, *Normas y actitudes normativas, op. cit., Vid. supra:* Navarro, Pablo.

ROBLES MORCHÓN, GREGORIO, *Introducción a la teoría del derecho,* Madrid, Editorial Debate, 1988.
- *Las reglas del derecho y las reglas de los juegos. Ensayo de teoría analítica del derecho,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1988, Serie G, Estudios Doctrinales, Núm. 14.
ROSS, ALF, *Directives and Norms,* Routledge and Kegan Paul, Londres, 1968.
SCHAUER, FREDERICK, *Playing by the Rules: A Philosophical Examination of the Rule-Based Decision-Making in Law and in Life,* Oxford, Oxford University Press, 1991.
SHINER, ROGER, *Norm and Nature. The Movements of Legal Thought,* Oxford, Oxford University Press, 1992.
TAMAYO, ROLANDO, «Dogmática jurídica y teoría moral», *i.e.* «Legal Dogmatic and Moral Theory» (*Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho,* Núm. 4, Instituto Tecnológico Autónomo de México, Abril 1996, pp. 32-34).
- «El sujeto del derecho», en Garzón Valdés, Ernesto y Laporta, Francisco J. (Eds.), *El derecho y la justicia, op. cit.,* pp. 293-312.
- *Elementos para una teoría general del derecho,* México, Themis, 1992.
- «Lenguaje del derecho y demiurgia jurídica. Entre actos ilocucionarios y actos mágicos», en *Crítica jurídica. Revista Latinoamericana de Política, Filosofía y Derecho,* Núm. 13, 1993, pp. 195-225.
- «The Functioning of Human Rights in the Legal System», en Arnau, J.A., Hilpinen, R. y Wroblewski, (Eds.), *Juristische Logik, Rationalität und Irrationalität im Recht,* en *Rechtstheorie,* Berlin/Mainz, Verlag Duncker & Humblot, 46 Band, Beheif 8, 1985, pp. 375-386.
- «The Inner Logic of Law and Legal Hermeneutics», en Eckhoff, T., Friedman, L.M. y Uusitalo, J., (Eds.), *Vernunft und Erfahrung im Rechtsdenken der Gegenwart,* en *Rechtstheorie,* Berlin /Mainz, Verlag Dunker & Humblot 46. Band, Beheif 10, 1986, pp. 119-123.
TWINING, WILLIAM Y MIERS, DAVID, *How to do Things with Rules,* Weidenfeld and Nicolson, Londres, 1991.
VERNENGO, ROBERTO, «La interpretación lógica del derecho y formas de decisión» en *Anuario de Filosofía Jurídica y Social,* Núm. 9, 1989, pp. 195-220. Buenos Aires.
- Lógicas normativas y la reconstrucción del razonamiento jurídico, Vol. VII, Nos. 16-18, 1992, pp. 1115-1124.
WALKER, DAVID M., *Oxford Companion to Law,* Oxford, Oxford University Press, 1980.
WEINBERGER, OTTA, «The Role of Rules», en *Ratio Iuris,* Núm. 3, pp.?
WRIGHT, G. H. VON, *Norm and Action,* Routledge and Kegan Paul, Londres, 1963.
- «Is there a Logic of norms?» en *Ratio Juris,* Núm. 4, 1991, pp. 265-283.
ZACCARIA, G., *L'Arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea,* Padua, Cedam, 1990.

DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y TOLERANCIA

Rodolfo Vázquez
Instituto Tecnológico Autónomo de México (México)

El 16 de diciembre de 1984, mediante asamblea convocada por el señor Florentino Díaz Rangel, presidente municipal de Santa María de Taxicaringa, se acordó ahorcar y quemar con leña verde a Alejandro Barraza Sosa y Matilde Díaz Rangel, quienes se dedicaban a la práctica de la brujería. La decisión buscaba liberar a la comunidad tepehuana de los brujos, designados por perniciosos por los habitantes. El 19 de diciembre, se ejecutó la sentencia en los términos acordados, con la participación de una decena de los miembros de la comunidad. Los hechos fueron denunciados en la capital del Estado de Durango y fueron detenidos los involucrados quienes narraron los hechos sustentándose en la decisión de sus *autoridades tradicionales*[1].

El 25 de septiembre de 1992, el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) municipal, turnó al agente del Ministerio Público el caso de una niña huichola de 10 años que declaró haber sido violada por su padrastro. La madre, 34 años, aseguró que actualmente tiene otro marido con quien procreó cuatro hijos. Ella niega que su marido violara a su hija, pero en caso de ser cierto lo perdona porque, entre «nosotros los huicholes así se *acostumbra* ya que los papás pueden vivir con sus hijos. Además si meten a la cárcel a mi marido después quién va a mantener a mis hijos...» Por su parte, el denunciado, de 27 años de edad, declara: «Que sí es cierto tal y como dice el acta de la Policía Judicial [992], ya que no recuerdo si fue en año nuevo o el diez de mayo cuando hubo fiesta, llegué en compañía de mi mujer a la casa y abracé a la niña y le bajé los calzones y le hice el amor [...] y después que hicimos el amor, se metió a la casa llorando y mi mujer estaba dormida y mi mujer es su mamá; al día siguiente yo le dije lo que pasó, pero también le dije que cuando la niña estuviera grande me iba a casar con ella para que fuera mi mujer, y ella me dijo que estaba bien ya que así se *acos-*

[1] Véase Walter Beller Taboada *et al, Las costumbres jurídicas de los indígenas en México*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 1994, p. 90.

tumbra entre nosotros [...] Pero vuelvo a decir que es nuestra costumbre ya que podemos tener una, dos o tres mujeres»[2].

En una comunidad indígena de Oaxaca, un hombre mató a su amigo en una reyerta, ambos en estado de embriaguez. Después de varios días de discusión, el consejo de ancianos de la comunidad, como *autoridad tradicional,* decidió que el culpable, siendo soltero, debía casarse con la viuda de su víctima y sostener a los hijos de éste. De esta manera se resolvió el problema del sostén económico de la familia de la víctima, el culpable asumió su culpa y su responsabilidad, se evitaron conflictos potenciales entre las familias de ambos y se mantuvo el equilibrio social de la comunidad, [...] Sin embargo, enterada la autoridad judicial del Estado del homicidio cometido, quiso aprehender al asesino. La comunidad se negó a entregarlo y la autoridad gubernamental llamó al ejército para proceder en su contra. Ante la posibilidad de un conflicto violento con la comunidad, el gobernador del Estado decidió respetar la decisión de la comunidad, aun contraviniendo la legislación penal del propio Estado[3].

En estos tres casos el común denominador es que se trata de grupos minoritarios que hacen valer sus costumbres y tradiciones como justificación de los actos realizados. Asimismo, tales costumbres y tradiciones, no reconocidas aún como derecho por el orden jurídico local ni nacional, colisionan con los valores éticos y jurídicos de Estados nacionales constitucionalmente democráticos. Por supuesto, esta colisión de valores o de derechos, como se prefiera, debe ser resuelta.

El debate contemporáneo, en torno a lo que se conoce hoy día como el problema del *multiculturalismo,* oscila entre dos extremos éticamente injustificables: o la integración indiscriminada o la tolerancia incondicional de los grupos minoritarios. Luis Villoro ha puesto de manifiesto esta antinomia, referida al caso de México y muy especialmente en el contexto del levantamiento zapatista en Chiapas, en los siguientes términos:

> En el caso de México, el primer extremo sería el reconocimiento de soberanía política a las comunidades indígenas, lo que supondría la disolución del Estado nacional; el segundo, la integración forzada de las culturas minoritarias a la cultura nacional hegemónica. Ambas posiciones tienden al mismo resultado: la destrucción de las culturas minoritarias; la primera, por dejarlas aisladas y sin defensa, la segunda por desintegrarlas.
>
> La solución de la antinomia no puede estar en ninguno de los dos extremos. La aceptación de la multiplicidad de los pueblos, sin un núcleo de unidad, implica la destrucción del Estado, la imposición de la unidad sin respeto a la di-

[2] *Ibid*., p. 92.

[3] Véase Rodolfo Stavenhagen, *Derecho indígena y derechos humanos en América Latina.* El Colegio de México-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1988, p. 310.

versidad, conduce a un Estado opresivo. La solución sólo puede darse en una forma de síntesis entre unidad y multiplicidad. Entre la ruptura de la asociación política existente y su mantenimiento por coacción, cabe una tercera vía: la transformación de la asociación política, de ser obra de la imposición de una de las partes a ser resultado de un consenso entre sujetos autónomos[4].

En efecto, el debate no debe plantearse en términos de «*limpieza étnica*» o «guettización» aunque por desgracia no falten ejemplos históricos cercanos o contemporáneos de uno y de otro. Las propuestas deben ubicarse, más bien, en esa zona intermedia que supone el reconocimiento fáctico de las minorías y la posibilidad de un consenso entre las partes. Planteado en términos de derechos humanos, no se trata de sostener una *incompatibilidad absoluta* entre los derechos liberales y los derechos culturales sino en lo que Paolo Comanducci ha llamado una *incompatibilidad relativa* entre ambos. Según ésta existen criterios para resolver las antinomias sin que sea necesario rechazar el reconocimiento de alguno de ellos. Estas posiciones proponen algún tipo de jerarquización entre los diferentes tipos de derechos, que se pueden agrupar en dos grandes tendencias: la que construye una jerarquía en orden descendente que va de los derechos liberales a los culturales y la tendencia contraria que construye la jerarquía en orden ascendente[5]. En otros términos, o la supremacía de los derechos liberales sobre los culturales o la supremacía de estos últimos sobre los primeros.

En las páginas que siguen me propongo: I. revisar críticamente algunas propuestas teóricas que confieren prioridad ética a la comunidad cultural sobre el individuo; y II. justificar mi preferencia por una concepción liberal de la persona moral y ofrecer un par de argumentos en favor de la primacía de los derechos liberales sobre los culturales. Concluiré que una sociedad multicultural es posible sobre la base de la implementación incondicional de los derechos derivados del principio de autonomía personal y que la pretensión de imparcialidad y universalidad de tales derechos es el mejor criterio del que disponemos para una sana convivencia entre las culturas.

I

Desde mediados de los setenta y a lo largo de los ochenta hasta nuestros días, se ha ido desarrollando el llamado comunitarismo que, en buena medida, centra sus críticas en el liberalismo y, de manera especial, en el liberalismo igualitario de autores como John Rawls, el Rawls de *Una Teoría de la Justicia*. Filósofos como Charles Taylor, Michael Sandel, Alasdair

[4] Luis Villoro, «Sobre derechos humanos y derechos de los pueblos» en *Isonomía*. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 3, ITAM-Fontamara, México, octubre 1995, p. 9.

[5] Véase Paolo Comanducci, «Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado» en *ibid.,* p. 29.

MacIntyre y Michael Walzer, que forman el cuerpo compacto del comunitarismo, coinciden en denunciar la concepción histórica y desencarnada del individuo dotado de derechos concebidos como anteriores a su entorno social y político. Un liberalismo así concebido es acusado de ser el responsable de la destrucción de los valores comunitarios -solidaridad, patriotismo, fraternidad y, en general, virtudes cívicas- y, por consiguiente, de favorecer un debilitamiento de la vida pública. El cambio operado a partir de esta concepción liberal ha sido, en palabras de Sandel:

> ...de una filosofía pública de propósitos comunes a una de procesos imparciales, de una política de lo bueno a una política de lo correcto, de una república nacional a una república procedimental[6].

Es verdad que esta crítica comunitarista -de la que no deseo ocuparme expresamente en estos momentos- ha encontrado respuesta entre los liberales comenzando por el mismo Dworkin pero, como afirma Nino, las defensas de la posición kantiana han sido sorprendentemente débiles y en algunos casos hasta han constituido una franca retirada[7]. Esta retirada liberal ha comenzado por el mismo Rawls y se puede apreciar, igualmente, en otro paladín del liberalismo como Thomas Nagel.

En su ensayo «El Derecho de los Pueblos», John Rawls se apoya en su idea del «consenso sobrepuesto» (*overlapping consensus*) para defender la compatibilidad de una sociedad no liberal con una liberal si se aceptan los siguientes requerimientos: 1. que sea pacífica y no expansionista; 2. que su sistema de legalidad satisfaga ciertos requisitos de legitimidad a los ojos de su propia gente; 3. que, como consecuencia de lo anterior, se respeten los derechos humanos básicos. Para Rawls una sociedad que satisface estos requisitos es una «sociedad jerárquica bien ordenada» (*well-ordered hierarquical society*). En estas sociedades, piensa Rawls:

> ... los individuos no ejercen el derecho a la libre expansión como en una sociedad liberal; pero como miembros de asociaciones y cuerpos corporativos tienen el derecho, en algún punto del proceso de consulta a expresar su disenso político y el gobierno tiene la obligación de tomar seriamente en cuenta tal disenso y ofrecer una respuesta reflexiva[8].

Me resulta difícil aceptar la compatibilidad entre ambas sociedades, como pretende Rawls, si, por un lado, se parte de una relativización de los prin-

---

[6] Michael Sandel, «The Procedural Republic and the Unencumbered Self», en Shlomo Avineri y Avner de-Shalit, *Communitarianism and Individualism,* Oxford University Press, 1992. pp. 26-7.

[7] Véase Carlos S. Nino, *Ética y derechos humanos,* Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989 (segunda edición ampliada y revisada), pp. 142s.

[8] John Rawls, «The Law of Peoples», en Stephen Shute y Susan Hurley (Ed.), *On Human Rights,* Basic Books, New York, 1993, p. 62.

cipios de justicia y de una confusión entre legitimación y legitimidad[9] y, por el otro, se debilita el principio de autonomía personal limitando la libertad de expresión y abriendo las puertas a esquemas francamente corporativistas.

Por su parte, en su libro *Igualdad y Parcialidad,* Nagel parte de la idea de que en nuestra vida existe una tensión constante entre el punto de vista objetivo, la perspectiva desde ninguna parte, que es la de la imparcialidad y el altruismo, y el punto de vista subjetivo que toma en cuenta las circunstancias particulares del individuo. Nagel se muestra escéptico ante la posibilidad de concebir una moral que incluya tanto razones agencialmente neutrales *(agent-neutral reasons)* como razones agencialmente relativas *(agent-relative reasons)* con el fin de superar la tensión o el conflicto. Contra la posibilidad del altruismo, Nagel sostiene ahora que:

> El mero altruismo... no provee un punto de vista común desde el cual cada uno pudiera alcanzar las mismas conclusiones -y ésta es la esencia de la idea contractualista o kantiana de legitimidad. El altruismo por sí mismo general tantos puntos de vista conflictivos como concepciones del bien existen[10].

El punto de vista personal ya no lo integra Nagel en la perspectiva de la imparcialidad porque ésta misma no es universalizable ni objetiva y tiene poca relevancia moral si se la considera sólo desde un ángulo procedimental.

Creo que el error de Nagel, como el de buena parte de los comunitaristas, es considerar la autonomía y la dignidad de la persona, implícitas en la idea de imparcialidad que exige el discurso moral, como un plan de vida más -el que proponen las sociedades liberales democráticas- entre otros planes de vida posibles y no como los principios subyacentes y necesarios para la materialización de cualquier plan de vida posible. Lo que el liberalismo kantiano defiende no es una concepción descriptivista de la persona moral sino normativista, es decir, una concepción no preocupada por la pregunta ¿cómo *son* los individuos en sí mismos y en sus relaciones comunitarias?, sino por la pregunta ¿cómo *deben* ser tratados los individuos? Reprochar a los liberales que han olvidado al sujeto concreto es apuntar las críticas hacia un blanco inexistente.

Entre nosotros, y desde una crítica fina a Ernesto Garzón Valdés en torno a su concepción de homogeneidad social, Luis Villoro toma como pun-

---

[9] Para la distinción entre ambos conceptos Ernesto Garzón Valdés, *El concepto de estabilidad de los sistemas políticos,* Biblioteca de Ética, Filosofía de Derecho y Política, No. 21, Ed. Fontamara, México, 1992, pp.15s. Garzón Valdés distingue claramente entre *legitimidad* como justificación moral de un sistema político y legitimación, que es la aceptación generalizada del sistema y de sus normas de acuerdo con lo que H. Hart denomina «el punto de vista interno frente a las normas». Rawls termina reduciendo el problema de legitimidad a un problema de legitimación.

[10] Thomas Nagel, *Equality and Partiality,* Oxford University Press, 1991, p. 164.

to de partida la propuesta liberal de que en toda asociación política voluntaria se deben aceptar las condiciones que la hacen posible, a saber:

> 1. el respeto a la vida del otro, por lo tanto, la satisfacción de las necesidades naturales necesarias al mantenimiento de esa vida; 2. la aceptación de su autonomía, en el doble sentido de aceptación de su capacidad de elección conforme a sus propios valores y de su facultad de ejercer esa elección; 3. la aceptación de una igualdad de condiciones en el diálogo que conduzca al convenio, lo cual incluye el reconocimiento por cada quien de la posibilidad de que los otros guíen sus decisiones por los fines y valores que le son propios; 4. por último, para que se den esas circunstancias, es necesaria la ausencia de coacción entre las partes.

Parece que estas condiciones ideales del discurso no presentan problemas siempre que los sujetos pertenezcan a la misma comunidad de cultura. El problema surge cuando no se comparten las mismas creencias básicas sobre fines y valores. Entonces cabría preguntarse si entre tales condiciones no habría que incluir el respeto al contexto cultural precisamente para garantizar a las diferentes comunidades culturales la autonomía que haga posible la elección de los individuos. La respuesta de Villoro es afirmativa:

> Los derechos básicos comprenden el derecho a la autonomía de la persona. Pero la persona no es un individuo sin atributos, incluye la conciencia de su propia identidad como miembro de una colectividad y ésta no puede darse más que en contexto cultural. [...] Las creencias básicas, que determinan las razones válidas, los fines elegibles y los valores realizables, varían de una cultura a otra. Por lo tanto, el respeto a la autonomía de las personas incluye el de las comunidades culturales a las que pertenecen. El «derecho de los pueblos» sea una condición para la autonomía de la persona...[11]

El problema que veo en la propuesta de Villoro es, precisamente, el de la prioridad ética que otorga, a fin de cuentas, al contexto cultural sobre el principio de autonomía kantiano. Si el contexto cultural de elección es un bien primario y se incluye entre aquéllos que conforman lo que Garzón Valdés ha llamado el «coto vedado»[12], merecería por ese sólo hecho el mismo respeto que el bien primario de la libertad individual pero, entonces, ¿qué sucedería si aquél entra en contradicción con esta última? El respeto al contexto cultural de elección exigiría, por ejemplo, la violación de la niña huichola, la quema de los brujos tepehuanes, o sencillamente, el incumplimiento del principio de igualdad en la aplicación de la justicia penal para el caso del homicida oaxaqueño. Claro que Villoro no aceptaría estas consecuencias pero si la respuesta es que no se deben permitir estas acciones porque violan los derechos liberales entonces debemos aceptar la supremacía

[11] Luis Villoro, *op. cit*., pp. 10s.

[12] Véase Ernesto Garzón Valdés, «Representación y democracia», en *Derecho, Ética y política,* Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 641s.

de estos últimos sobre los derechos culturales y fijar límites muy claros a la tolerancia[13].

II

Pienso que la filosofía que mejor responde a la supremacía de los derechos liberales sobre los culturales es la que, a partir del primer Rawls, se conoce como *liberalismo igualitario*. Esta filosofía toma distancia no sólo frente a posiciones tradicionalistas y comunitarias, sino también dentro de las mismas filas liberales, frente a posiciones utilitaristas y libertarias. En efecto, con respecto a estas últimas que también reconocen el principio de autonomía personal, el liberalismo igualitario se presenta como una tercera alternativa que, por un lado, rechaza el liberalismo holista de los utilitaristas, orientado al «incremento de la autonomía global de un grupo como si se tratara de un solo individuo» y, por otro, rechaza el liberalismo conservador de los libertarios que pretende «que la autonomía se distribuya espontáneamente» y «dejar intacta la autonomía que cada uno parece (ilusoriamente) haber alcanzado por sí mismo». El liberalismo igualitario pretende, en términos de Carlos Nino:

> ...maximizar la autonomía de cada individuo por separado en la medida en que ello no implique poner en situación de menor autonomía comparativa a otros individuos[14].

Como se puede apreciar, esta directiva es una reformulación del principio de diferencia de Rawls, que pone el acento en el valor de la autonomía y en la obligación de expandir la de aquéllos cuya capacidad para elegir y

---

[13] En un ensayo reciente Villoro suaviza su posición comunitaria para proponer ahora un modelo igualitario que lejos de conflictuar con el modelo liberal «pretende llevarlo a su término». En la misma línea de argumentación de Raz («Multiculturalism: A Liberal Perspective» en *Ethics in the Public Domain,* Oxford, 1994), Villoro piensa que el ideal de autonomía liberal sólo es realizable en una sociedad multicultural donde la presencia de diferentes culturas constituye un valor por sí mismo y donde: «El respeto a la autodeterminación de todos los miembros de la sociedad no es sólo condición de una asociación justa, sino el ideal regulativo de la acción política». De esta manera: «Una política igualitaria plantearía el valor superior de la pluralidad en la unidad [...] Única e irreemplazable es cada cultura, pues no hay una sola que no manifieste una faceta valiosa de la realidad. Y la realidad está constituida por la unidad de esa diversidad» («Igualdad y diferencia: un dilema político» en León Olivé y Luis Villoro (Ed.), *Filosofía moral, educación e historia. Homenaje a Fernando Salmerón,* UNAM, México, 1996). Difícilmente se podría disentir de la propuesta de Villoro siempre que se acepte: a) que el carácter único e irrepetible de cada cultura no garantiza *ipso facto* su legitimidad moral, y b) que tomarse en serio el respeto a la autodeterminación de cada uno de los miembros de la sociedad significa reconocer el derecho de asociación voluntaria de cada individuo y la eventual disidencia de éstos con respecto a su comunidad -y los valores que la integran- sin represiones subsecuentes. La condición b) sería la justificación moral de a), que vendría a suponer la prioridad de los valores liberales sobre los comunitarios.

[14] Carlos S. Nino, *op. cit.,* pp. 344-5.

materializar planes de vida esté más restringida. Si se parte de este principio para caracterizar al liberalismo, es claro que éste responde satisfactoria y plenamente a las críticas que comúnmente se le hacen sobre la base de valores igualitarios.

La crítica al liberalismo de que atenta contra la igualdad se ha apoyado en la idea de que frente a la tensión entre los valores de libertad e igualdad, el liberalismo otorga prioridad al primero argumentando que la idea de autonomía individual es antagónica con exigencias de apoyo solidario a los más necesitados.

La respuesta a esta crítica consiste en mostrar que no existe una tensión entre libertad e igualdad si se reconoce que ambos valores responden a estructuras diferentes pero complementarias. La libertad es un valor sustantivo, cuya extensión no depende de cómo está distribuido entre diversos individuos, ni incluye a priori un criterio de distribución. En cambio, la igualdad es en sí misma un valor adjetivo que se refiere a la distribución de algún otro valor. La igualdad no es valiosa si no se predica de alguna situación o propiedad que es en sí misma valiosa. Esto sugiere la posibilidad de combinación de ambos valores: la justicia consiste en una distribución igualitaria de la libertad bajo el criterio de que las diferencias de autonomía pueden estar justificadas si la mayor autonomía de algunos sirve para incrementar la de los menos autónomos y no produce ningún efecto negativo en la de estos últimos.

Esta reformulación del principio de diferencia supone, por supuesto, la necesidad de deberes positivos especiales por parte del Estado para promover la autonomía de los menos autónomos y, también, el reconocimiento de bienes básicos que son compatibles con la autonomía personal en la medida en que se identifican como estado de cosas que son prerrequisitos para la materialización de planes de vida libremente elegidos.

Si se acepta el punto de vista anterior, el liberalismo muestra que, lejos de ser un adversario de los derechos sociales y culturales -como los derechos a la salud, a una vivienda digna, a un salario justo, a la educación, al acceso al patrimonio cultural, etc-, éstos son una extensión natural de los derechos individuales. Así pues, sería inconsistente reconocer los derechos referidos a la vida o a la integridad física y no admitir que ellos se violan cuando se omite otorgar los medios necesarios para su goce y su ejercicio. El liberalismo se opone, entonces, a quienes sostienen que los derechos negativos son los únicos derechos existentes. Contra esta posición, el liberalismo igualitario otorga la misma relevancia moral a la actividad como a la no actividad, de tal manera que, según su concepción, los derechos se violan no sólo por actos positivos sino también por omisiones.

Este esbozo general del liberalismo igualitario supone una concepción de la persona moral cuyas características se pueden inferir de la misma práctica de la discusión moral presente en toda asociación política voluntaria: 1. Las personas morales están constituidas por su capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos; 2. Tal capacidad de elegir fines, adoptar intereses y formar deseos es previa -supone un sujeto subyacente a cualquier fin, interés o deseo; 3. Esta separación de la persona de cualquier fin, interés o deseo permite también aislarla del flujo causal -económico, histórico, político, social- en el que, como cualquier fenómeno empírico, está inmersa; 4. Las personas están también separadas entre sí. Esto significa que tienen sistemas separados de fines e intereses y que son centros de elecciones y decisiones; 5. Como consecuencia de todo lo anterior, si algo es una persona moral, nada que esté compuesto por ella o esté constituido a partir de ella puede ser también persona moral; en particular, las personas colectivas no son personas morales[15].

Sobre la última característica debe insistirse que, desde una perspectiva liberal, las concepciones que privilegian éticamente a la comunidad por encima del individuo terminan aceptando una forma de integrismo por la cual la existencia y el bienestar del individuo dependen de la existencia y del bienestar de la comunidad a la que pertenece. Ronald Dworkin critica con razón esta forma de integración que llama «metafísica» porque termina sucumbiendo al antropomorfismo. La integración metafísica sugiere que tal integración:

> ...depende de una metafísica barroca que afirma que las comunidades son entidades fundamentales en el universo y que los seres humanos individuales son sólo abstracciones o ilusiones[16].

Lo que está implícito en la crítica de Dworkin es la idea de que las entidades colectivas -comunidad, nación, pueblo, estado- no poseen los atributos de individualidad, autonomía y dignidad que caracterizan a la persona moral, y extrapolarlos gratuitamente a las entidades colectivas es, por supuesto, una antropomorfización.

A partir de esta concepción de la persona moral se pueden esbozar al menos dos argumentos en favor de la primacía de los derechos liberales sobre los culturales:

El argumento del individualismo ético.

Según este argumento, y en una síntesis apretada, los individuos valen más que los grupos a los que pertenecen. Más aún, los grupos valen sólo por

---

[15] Véase Carlos Nino, *op. cit.,* p. 172.

[16] Ronald Dworkin, *op. cit.,* pp. 208-10.

y en virtud de los individuos que los componen. Y así también para las culturas: valen en cuanto tienen valor los individuos que las comparten, y no tienen ningún valor intrínseco que permita idealizarlas o hasta absolutizarlas como parece desprenderse de la siguiente afirmación de Bonfil Batalla: «La única civilización, las únicas culturas auténticas, son las que encaman los pueblos indios»[17]. Más allá del romanticismo que inspira esta frase, toda cultura puede y debe ser modificada o abandonada si deja de valer para los individuos. En este sentido tiene razón David Gauthier cuando sostiene que:

> La idea de que las formas de vida tienen derecho a sobrevivir... es un recién llegado al escenario moral. Es también una idea totalmente equivocada. Son los individuos los que cuentan; las formas de vida importan como expresión y sustento de la individualidad humana[18].

Por ello la mejor defensa de las minorías culturales es la superación del relativismo cultural y la afirmación del individuo en tanto agente moral. Esto no significa que se deba ignorar la diversidad cultural en aras del valor incondicionado del progreso, a todas luces absurdo. De lo que se trata es de encontrar principios que, respetando la pluralidad, puedan ser compartidos por todos los agentes. Ello significa que no serán aceptados aquellos que destruyan la calidad moral de los agentes[19].

Desde esta perspectiva, los derechos culturales no deben adscribirse a grupos o a la cultura de las minorías «como objeto que se considera holísticamente dotado de un valor intrínseco». Estos derechos deben ceder si entran en contradicción con los derechos liberales como valores que hay que atribuir a cada individuo en cuanto ser único e irrepetible. Por ello coincido con Rodolfo Stavenhagen cuando afirma que:

> ...los derechos grupales o colectivos deberán ser considerados como derechos humanos en la medida en que su reconocimiento y ejercicio promueven a su vez los derechos individuales de sus miembros.

pero, cuando los derechos de una comunidad entran en colisión con los derechos individuales, entonces:

> ...no deberán ser considerados como derechos humanos aquellos derechos colectivos que violan o disminuyen los derechos individuales de sus miembros [...] Todo el aparato conceptual de los derechos humanos descansa sobre un impera-

---

[17] Guillermo Bonfil Batalla, Introducción a la recopilación de documentos *Utopía y revolución en el pensamiento político contemporáneo de los indios en América Latina,* citado por Ernesto Garzón Valdés, «El problema ético de las minorías étnicas», en *op. cit.,* p. 537.

[18] David Gauthier, *Morals by Agreement,* Clarendon Press, Oxford, 1986, p. 288.

[19] Véase Ernesto Garzón Valdés, *op. cit.,* p. 538.

> tivo moral: el valor intrínseco de la vida, la libertad y la dignidad del ser humano. En el logro de este imperativo tendrán que complementarse tanto los derechos individuales como los colectivos»[20].

Es en esta misma línea de argumentación que Fernando Salmerón ha propuesto recientemente, a partir de una crítica fina a Charles Taylor, una vuelta a Kant.

Para Taylor, en la interpretación de Salmerón, «el carácter liberal de una organización no se funda en su neutralidad frente a los ideales de vida de sus miembros, sino en su manera de conducirse frente a las minorías, y, ante todo, en su respeto por los derechos fundamentales de todos ellos». Taylor admite, con todo, que «debe distinguirse entre libertades fundamentales -lo que llamamos derechos humanos- que no debe coartar ninguna autoridad, y las inmunidades y privilegios que pueden ser restringidos por razones de política pública si bien reconoce que aquí se da una diversidad de objetivos cuyo deslinde no es fácil y tiene que ocasionar tensiones y dificultades». Sin embargo, continúa Salmerón:

> ...más allá del posible carácter endémico de los conflictos que acepta Taylor, lo que está en juego en este punto es algo mucho más radical desde la perspectiva de la ética. Acudir a los derechos fundamentales -que son derechos individuales- como el límite que no puede ser rebasado en nombre de los derechos de los pueblos, es una manera de aceptar aunque sea solamente bajo convicción democrática, el fin negativo señalado por Kant: el principio de la humanidad como fin en sí mismo. Es decir, en el sentido último de autonomía personal: del ser humano como voluntad racional autolegisladora, no necesitada del consenso de la humanidad[21].

La vuelta a Kant que propone Salmerón significa, entonces, la prioridad del principio de dignidad sobre el principio de identidad; de una política de la igualdad sobre una política de la diferencia. En fin, de los derechos liberales sobre los culturales.

Otro problema distinto y sin duda importante es el *modo* en el que se debe hacer valer esta primacía de unos derechos sobre otros. Desde el punto de vista jurídico no parecen apropiadas la aplicación inflexible del principio «la ignorancia de la ley no excusa su cumplimiento» ni el alegato de la inimputabilidad, por ejemplo, del indígena, salvo en los casos que efectivamente pueden aducirse. En este punto me parece acertada la opinión del grupo de trabajo coordinado por Walter Beller Taboada cuando recomienda como más adecuado:

---

[20] Rodolfo Stavenhagen, «Los derechos indígenas: algunos problemas conceptuales», en *Isonomía.* Revista de Teoría y Filosofía del Derecho, No. 3, ITAM-Fontamara, México, octubre 1995, p. 120.

[21] Fernando Salmerón, «Ética y diversidad cultural», en Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía, Vol. 12, Cuestiones Morales, Edición de Osvaldo Guariglia, Instituto de Filosofía del CSIC, Ed. Trotta, Madrid, 1996, p. 79.

> ...recurrir al principio de imposibilidad de conocer la antijuricidad de la conducta, bajo el supuesto del error de prohibición vencible o invencible. Por error de prohibición se entiende el desconocimiento de que la conducta que se realiza es ilícita. El error vencible podría atenuar la pena; el error invencible podría ser eximente de responsabilidad[22].

El argumento de la imparcialidad

El argumento del individualismo ético se complementa con el de la imparcialidad. Según éste, se requiere de un metacriterio que permita resolver los eventuales conflictos interculturales. Si se quiere evitar el enfrentamiento entre culturas, es necesario asumir un «punto de vista moral» que, con base en el reconocimiento de la pluralidad cultural, garantice la mutua tolerancia. Ésta es la perspectiva kantiana del liberalismo.

Ahora bien, la exigencia del pluralismo y de la imparcialidad no significa aceptar una perspectiva distante y austera ajena a un compromiso responsable con la vida política y social de la comunidad. Exige, más bien, un consenso con respecto a los valores primarios que son necesarios satisfacer para el logro de una vida humana digna. Como sostiene John Kekes:

> ...los pluralistas apelan a la distinción entre convenciones profundas y variables *(deep and variable conventions)*. Las convenciones profundas protegen los requerimientos mínimos para toda vida buena, como quiera que sean concebidas. Las convenciones variables protegen también los requerimientos de la vida buena, pero estos requerimientos varían con las tradiciones y las concepciones sobre la vida buena. La pretensión de los pluralistas es que los valores protegidos por las convenciones profundas tengan un contexto de justificación independiente, mientras que los valores protegidos por las convenciones variables puedan ser legítimamente apreciados en algunos contextos pero no en otros[23].

Los bienes primarios o las necesidades básicas así como los derechos humanos requieren de «convenciones profundas» a diferencia de las necesidades o deseos secundarios que requieren de «convenciones variables». Los primeros no están sujetos a negociación; los segundos, sí. Un pluralismo así entendido excluye el desacuerdo y el conflicto entre los individuos y los grupos: se parte de un consenso profundo con respecto a los bienes básicos pero, al mismo tiempo, se deja un amplio margen para el desacuerdo, el diálogo y la negociación con respecto a los valores que se sujetan a la contingencia de las diversas tradiciones culturales. Pienso que esta distinción es un punto de partida fundamental para comenzar a debatir sobre el problema del multiculturalismo. Poco se avanza en esta polémica si, sobre la base de un pluralismo mal entendido, se piensa que todas las culturas tienen igual valor y todas merecen igual respeto. Esta premisa es falsa. Las

---

[22] Walter Beller Taboada, *et al., op. cit.,* p. 106.

[23] John Kekes, *The Morality of Pluralism,* Princeton University Press, 1993, p. 31.

culturas que organizan su modo de vida a partir de una reiterada violación de los derechos individuales no tienen el mismo valor que aquéllas en las cuales su organización política y vida cultural no permiten tales violaciones o abusos de autoridad.

Es verdad, como sostiene Walzer, que el debate serio entre los filósofos no tiene que ver con el reconocimiento o no de los derechos. Todos parecen partir de la premisa de su existencia[24]. Pero si bien esto es cierto está muy lejos de ser una demanda minimalista (minimalist claim)[25], como parece desprenderse de la propuesta del autor. Muy por el contrario, el reconocimiento de los derechos humanos básicos es un primer paso para justificar las intervenciones humanitarias, según lo reconoce el propio Walzer, cuando afirma que: «los actos y prácticas que "producen *shock* en la conciencia de la humanidad" son, en principio, intolerables»[26], por ejemplo, la «crueldad, opresión, misoginia, racismo, esclavitud, o tortura». Si estas acciones son censurables lo son en la medida que atentan no contra los valores de la comunidad sino contra la autonomía y dignidad de los individuos que la integran. Por ello resulta incoherente en Walzer pronunciarse por una suerte de tolerancia que, carente de límites, puede asumir las formas de resignación, indiferencia, estoicismo, curiosidad o entusiasmo[27], según las culturas. Más bien, ante la violación de los derechos humanos básicos no cabe la resignación o la indiferencia, ni la tolerancia, sino una actitud de franca intolerancia. Esto supone asumir diferencias cualitativas entre las culturas.

Así pues, si aceptamos la distinción entre «consensos profundos» y «consensos variables», y asumimos que el respeto a los derechos humanos individuales es la mejor opción para juzgar la legitimidad de los derechos culturales y garantizar la imparcialidad, debemos aceptar que el ámbito de la tolerancia queda acotado precisamente por el respecto a tales derechos. Su ámbito quedaría reducido, entonces, al de las convenciones derivadas: a las necesidades o deseos secundarios.

Si tolerante es aquél que tiene el poder de tratar de suprimir o prevenir (o, al menos, de oponerse u obstaculizar) lo que resulta lesivo para sus convicciones pero se abstiene de hacerlo, es decir, no prohíbe el acto lesivo, la evaluación de no intervenir tiene sentido sólo si está *tácitamente permitido* en el sistema de reglas de la sociedad en la que se mueve el individuo. Es-

---

[24] Véase Michael Walzer, *On Toleration*, Yale University Press, New Haven-London, 1997, pp. 5-6.

[25] *Ibid.,* p. 2.

[26] *Ibid.,* p. 21.

[27] *Ibid.,* p. 12.

to quiere decir que ante una prohibición, un mandato o una permisión expresa desde el punto de vista jurídico, sustentada en las garantías individuales, no cabe la tolerancia[28]. No tiene sentido, si quiera plantearse la posibilidad de ser tolerante ante grupos minoritarios que atentan contra el derecho a la vida, por ejemplo, de los brujos tepehuanes o a la integridad física de la niña huichola. La violación de sus derechos exige no una abstención sino una intervención firme dentro de los cauces legales establecidos en el marco de una democracia constitucional.

Llego entonces a una conclusión obvia pero no por obvia intrascendente: mientras más fortalecida se halle una sociedad en la vigencia de los derechos y, entre éstos, con supremacía de los derechos individuales sobre los culturales, menos necesaria resultará la tolerancia. Ésta se moverá en el ámbito de lo tácitamente permitido que tiene que ver nada más, pero nada menos, con la moral autorreferente, o bien con la moral intersubjetiva, por ejemplo, filial, conyugal o fraternal, siempre que no se incurra en daños a terceros por acción o por omisión. En términos de culturas, un multiculturalismo fuerte que argumente en contra del individualismo ético es inaceptable, y un multiculturalismo débil, coincido con Garzón Valdés, termina por reducir las peculiaridades éticamente respetables o, en su caso, tolerables, a tres ámbitos fundamentales: la lengua, el arte y las necesidades o deseos secundarios de las personas[29].

Regreso finalmente a los tres casos citados al principio. Si debo escoger entre el interés de la niña huichola a no ser dañada en su integridad física, de los brujos tepehuanes a no ser quemados con leña verde y la infracción del principio de igualdad en la aplicación de la justicia penal para el homicida oaxaqueño, o bien, la alternativa de padecer la violación o perder la vida en aras del valor intrínseco de las culturas a las que pertenecen estos individuos, no me cabe duda alguna, deben prevalecer los derechos liberales sobre los culturales. En estas situaciones y en otras semejantes, el reconocimiento de derechos vuelve innecesaria la tolerancia.

[28] Véase Annette Schmitt, «Las circunstancias de la tolerancia», en *Doxa 11,* Universidad de Alicante, España, 1992, pp. 80-1.

[29] Ernesto Garzón Valdés, «Derechos humanos y minorías», texto leído en el Seminario Eduardo García Máynez sobre Teoría y Filosofía del Derecho, ITAM-UIA-Escuela Libre de Derecho, México, 25 de septiembre de 1993. Mimeo.

DERECHOS DE LAS MINORÍAS Y TOLERANCIA

Roberto J. Vernengo
Universidad de Buenos Aires (Argentina)

Las denominadas, en sentido muy lato, teorías críticas del derecho han comenzado últimamente a ser objeto de las actitudes que ellas mismas preconizan. Tenemos ahora una interesante literatura muy crítica de las llamadas «teorías críticas del derecho»[1]. Por cierto que bajo el rótulo de «teorías críticas» se encubren las más diversas especulaciones: poco hay de común entre la heterogénea literatura francesa producida por juristas que, salvo algunas consignas supuestamente marxistas, sólo comparten una tirria acentuada contra civilistas o laboralistas también galos, con la exacerbada retórica, dirigida contra ciertas tendencias políticas de la jurisprudencia norteamericana, que esgrimen los adherentes al *critical legal studies movement*. Poco hay en común, desde un punto de vista teórico, entre los ya desaparecidos defensores de un derecho alternativo en la Italia de hace un cuarto de siglo, con los temas de la literatura española donde convive el entusiasmo por un estado democrático por fin alcanzado con las premisas de un iusnaturalismo confesional, inculcadas durante décadas y décadas en los juristas españoles. Sea ello como fuere, creo que puede destacarse en estas diversas tendencias autodenominadas «críticas», quizás como factor común, una actitud generalizada de rechazo frente a las disciplinas jurídicas (para no llamarlas ciencias) transmitidas por los sistemas tradicionales de formación profesional. Este rechazo, que llega un tanto inconsistentemente hasta el repudio total de un posible conocimiento científico del derecho, sin embargo, carece de fundamentos compartidos: algunos lo hacen por circunstanciales razones políticas -como sucedió en Italia-; otros, por crisis internas en la estructura universitaria y académica -como sucedió en Francia-; y, otros, como pareciera ser el caso en los Estados Unidos, por múltiples razones que se caracterizan por no tener peso alguno en la realidad política del país.

[1] Cf. por ejemplo, M. Atienza y J. Ruiz Manero, «Marxismo y ciencia del derecho», en Sistema 64, 1985; A. Calsamiglia, «La retórica de Critical Legal Studies», en Doxa 11, 1992.

Los movimientos críticos son, en todo caso, fundamentalmente movimientos académicos. Y digo que carecen de fundamentos compartidos puesto que, desde los variados escenarios en que prosperan y atento a los antecedentes históricos de cada país en el campo de la teoría jurídica, no cuentan con una teoría del derecho suficientemente aceptada como punto de partida; así, en los movimientos críticos derivados de orientaciones marxistas que carecen, como es notorio, de teorías generales mínimamente suficientes. De ahí quizás la fascinación insólita que la teoría kelseniana (en alguna de sus versiones y en alguna de sus múltiples interpretaciones) suscite en autores característicamente críticos: en Miaille y Unger, por ejemplo, quienes llegan a afirmar que la teoría del derecho básica continúa siendo la desarrollada en la *Reine Rechtslehre.* Otros consideran al propio Kelsen como una suerte de un jurista crítico, como lo afirma, por ejemplo, I. Stewart[2]. Entre nosotros, alguna recopilación de trabajos de autores afiliados a las líneas críticas, sorprende por la casi obsesión con los temas kelsenianos[3].

En estas páginas, se trata de elucidar y analizar algunos (no todos, por cierto) presupuestos ontológicos que, expresa o implícitamente, suponen tesis centrales del pensamiento crítico. Las teorías críticas, en buena medida, polemizan con las disciplinas jurídicas tradicionales por considerar que se sustentan en ontologías insuficientes, sea por no atender a ciertos rasgos esenciales de los datos jurídicos, sea por consistir en puras propuestas ideológicas. Es claro que buena parte de la teoría jurídica -para denominar así a la elaboración doctrinaria que tradicionalmente se efectúa de los derechos positivos nacionales e internacional- adopta presupuestos ontológicos ingenuos, seguramente inconsistentes. Pero, en determinados momentos, generalmente suscitados por situaciones polémicas, las teorías jurídicas echan mano de tesis filosóficas para buscar fundamentos ontológicos menos frágiles. Suele entonces hacerse expresa alguna concepción del tipo de entidad que el derecho sea: ciertos conjuntos de normas, ciertos tipos de discursos, ciertas realidades sociales, ciertas actitudes políticas consideradas expresión de lo justo o de otros valores, o bien ciertas creencias religiosas que ven en el derecho una manifestación de alguna actividad divina, para aludir a tesis ontológicas frecuentadas por los juristas. Ahora bien, junto a estas tesis ontológicas expresas, que muchas veces no representan los presupuestos ontológicos efectivamente sustentados (es frecuente encontrar autores de orientación iusnaturalista religiosa que, de hecho, se mantienen dentro de un iuspositivismo estricto, así como autores de orientación iuspositivista que, en última instancia, abrigan creencias tradicionales del iusnaturalismo

[2] Cf. I. Stewart, «The critical legal science of Hans Kelsen», Journal of Law and Society, vol. 17/3, 1990.

[3] Cf. «Materiales para una teoría crítica del derecho», Buenos Aires, 1991.

religioso), cabe explorar cuáles sean los presupuestos ontológicos que las tesis teóricas sustentadas implican. Me atengo para ello a la tradicional propuesta de Quine: ¿cuál es la extensión de las variables ligadas que aparecen en los enunciados verdaderos de la teoría? O, para decirlo llanamente: ¿qué hechos y objetos es necesario suponer dados para que las tesis de la teoría puedan ser verificadas o falsificadas?[4].

Partamos de esta definición del derecho: «una práctica social específica que expresa los niveles de acuerdo y de conflicto de los grupos sociales que operan al interior de una formación económico-social determinada», definición que es glosada agregando que la práctica social en cuestión es «de naturaleza discursiva; discurso ideológico y discurso del poder»[5].

El derecho es, pues, una práctica social en que se configura un discurso ideológico que expresa el nivel de consenso o disenso de grupos sociales. El derecho, más específicamente, es un discurso: el discurso del poder. Parejas afirmaciones suenan familiares: enlazar al derecho con el poder es un lugar común del lenguaje político y filosófico, por lo menos desde la época de los sofistas. Sería insólito el pensador sobre el derecho que renegara de las relaciones esenciales que éste mantendría con el poder y con su forma más tangible: la fuerza y la violencia. Que el poder se despliegue además como un discurso con ciertas particularidades es tesis que ya tiene sus bemoles, pero cabe advertir en su respecto que, en nuestro siglo, la relación entre el derecho y algún sistema de signos o lenguaje en que se articulan discursos es también tesis algo remanida. Quienes piensan, al estilo de la dogmática tradicional, que el derecho es un conjunto de normas piensan al derecho, cabe por así decir, como un discurso imperativo, como una expresión verbal de algún poder, de alguna relación asimétrica en la distribución de los recursos de control social.

Pero la tesis mencionada se ofrece literalmente como una definición: como los criterios demarcatorios del fenómeno mismo, el derecho. La técnica definitoria de la que se echa mano parece sumamente tradicional, ateniéndose a la convención de la definición por género próximo y diferencia específica: el derecho está incluido en el género de las prácticas sociales que operan dentro de una formación económico-social, y su especificación reside en tratarse de una práctica discursiva. Vale decir, la definición supone que todo discurso es una práctica económico-social y, por tanto, que estamos en el dominio de los hechos empíricos sociales, donde los hombres llevan a cabo prácticas semejantes. Los discursos, en cambio, como conjuntos

---

[4] Cf. W. V. O. Quine, «From a logical point of view», Cambridge, 1955, I: «On what there is».

[5] C. Cárcova, «Teorías jurídicas alternativas: escritos sobre derecho y política», Buenos Aires, 1993, p. 60.

de entidades ideales -proposiciones, significados, ideas- no integrarían el conjunto específico al que pertenece el derecho, que es un fenómeno social real. El derecho no sería un objeto ideal, sino un dato de la realidad social dinámica.

Pero la primera impresión que recibimos de la definición ofrecida se hace inmediatamente ontológicamente confusa, pues resulta que las prácticas sociales en que el derecho consiste tiene un cariz expresivo, como tradicionalmente lo tienen las entidades ideales del tipo de las proposiciones, los significados, los sentidos, etc. En efecto, se nos dice que el derecho es una práctica social que expresa algo, al modo como lo hace un discurso que no es un mero conjunto de significaciones sino también una práctica social. La tesis puede ser vista simplemente como la afirmación, seguramente inspirada en Hart o en Dworkin, de que, desde un punto de vista interno, el derecho aparece en tanto y en cuanto los integrantes de un grupo social otorgan sentido, en su hacer y en su lenguaje, a las acciones que llevan a cabo. Pero esta interpretación no se compadece con la afirmación enfática de que la práctica discursiva en que el derecho aparece es de naturaleza ideológica. Tendríamos no sólo un relativismo externo expreso, sino un escepticismo interno autodestructivo: los miembros de un grupo social dan sentido discursivamente a sus acciones, pero tal sentido no puede adquirir valor objetivo por tratarse esencialmente de un discurso ideológico. Por consiguiente, nunca podría constituirse un objeto jurídico para sujeto alguno: para los sujetos ajenos al grupo social o a la formación económica-social en juego, el derecho no se constituye, pues ellos no participan en la práctica discursiva en que el derecho aparece. Para los miembros del grupo, resulta que tampoco el derecho puede aparecer objetivamente, pues siempre el discurso práctico que formulan tiene carácter ideológico, esto es, constituye una «representación imaginaria» que oculta el objeto a que apunta[6]. O sea, nos encontraríamos no sólo con un escepticismo externo absoluto -los sujetos ajenos al grupo que no practican el discurso interpretativo interno- sino con un escepticismo interno preocupante: los sujetos del discurso interno sólo pueden expresar una versión ideológica de un objeto al que no tienen acceso posible, pues su propio discurso lo oculta, paradoja a la que ha apuntado Dworkin al discutir las tesis relativas a la conocida dicotomía de Hart sobre conocimiento externo e interno de derecho[7].

También merece reparo el observar que se parte de una definición del derecho, pasando por alto lo que los juristas puedan asumir cuando teorizan sobre el derecho. En lugar de partir, como sin duda ha sido corriente en lo que va del siglo, del discurso (pretendidamente) teórico de los juristas, pa-

[6] Ibídem, p. 84.

[7] Cf. R. Dworkin, «Law's Empire», Londres, 1986, p. 79 ss. y passim.

ra esclarecer lo que ontológica y gnoseológicamente presuponen para que sus teorías sean aceptables, partir de una definición que impone «los criterios demarcatorios del fenómeno mismo», parece o bien una recaída en una actitud ingenua o bien una imposición que recuerda las bien autoritarias tesis de Jaspers sobre la verdad teórica.

Ahora bien, si el derecho es una práctica social discursiva, tendríamos que aceptar que él mismo satisfaga las condiciones de un discurso que, según nuestro autor, debe ser entendido «en el sentido en que los lingüistas definen el concepto de discurso»[8], a saber: una práctica social «que es más que palabras, es también comportamiento»; se trata de la«producción social de sentidos» y, por ende, de una práctica que «transforma la realidad»[9].

Es cierto que algunas ramas de la lingüística ven el discurso como una actividad, como una secuencia de actos de habla y que algunos de tales actos pueden modificar la realidad extralingüística (como los famosos performativos de Austin). Pero también es cierto que los lingüistas ven el discurso como un dato puramente verbal, como lenguaje. Y las características del discurso como conjunto de signos verbales no corresponde a la del discurso como conjunto de actos verbales[10]. Dado que el derecho, en la definición mencionada, tiene función expresiva, cabe pensar que, aunque sea un conjunto de actos sociales, también es una secuencia de signos verbales. Y no hay razón para confundir ambas cosas sin incurrir en la falacia del producto y el producir. Si lo que se quiere afirmar es que, dentro de ciertos grupos sociales, algunos sujetos efectúan actos verbales mediante los cuales atribuyen sentido a las acciones internas del grupo, es claro que tales conjuntos de actos no son isomórficos con el discurso verbal en que esos sentidos se expresan[11]. En efecto, los actos verbales, como prácticas sociales, no están necesariamente ordenados linealmente, cosa que, en cambio, es esencial para un lenguaje verbal.

Pero resulta que los actos verbales ideológicos que algunos sujetos practican en realidad no configuran actos significativos para los propios sujetos, sino que «expresa los niveles de acuerdo y de conflicto» de los subgrupos del grupo socioeconómico que sea. Por lo tanto, esa práctica discursiva no otorga sentido a las acciones intragrupales de manera que las mismas tengan sentido para los miembros del grupo, sino que sólo expresan niveles de consenso o disenso para el observador externo, el cual, por definición, no puede participar en tales juegos discursivos. Tenemos, pues, que al definir

---

[8] Op. cit., p. 83.

[9] Ibid.

[10] Cf. J. R. Searle & D. Vanderveken, «Foundations of illocutionary logic», Cambridge, 1985.

[11] A. R. Raggio, «Sobre la inflación panlingüística», en Manuscrito X, 2, 1987.

los sentidos como expresión de niveles de consenso/disenso, suponemos a priori que el discurso jurídico significativo se constituye no para los miembros del grupo, sumergidos en un discurso ideológico, sino para sujetos ajenos al grupo, en cuyo respecto, sin embargo, la constitución de tales sentidos no puede darse.

Tenemos, pues, que los presupuestos ontológicos de la definición analizada llevan a situaciones paradójicas: el derecho es un discurso que expresa los niveles de consenso internos de un grupo socioeconómico. Dichos referentes se constituyen por las actividades de los miembros del grupo que son también discursivas, pero ideológicas. Por tanto, para los miembros del grupo el derecho no expresa un nivel de consenso. Tal cosa sólo puede tener sentido para un observador externo capaz de una visión no ideológica. Pero el discurso de ese observador externo no constituye ni expresa sentido alguno de un dominio en el que no interviene. Tenemos, pues, que no hay modelo alguno de sujeto que pueda satisfacer la definición del derecho como un discurso productor de sentidos que exprese el consenso o disenso que los titulares del poder impongan o toleren dentro de un grupo. Los sujetos internos están ideológicamente incapacitados; los observadores externos, por definición, no tienen poder interno para constituir sentidos.

Entiendo que estamos frente a una definición del derecho en que afloran viejos temas metafísicos del lenguaje como creación ontológica de sentidos (objetos) que se remontan, por lo menos, a la especulación platónica. Y se aceptan, sin una crítica analítica suficiente, ciertas construcciones teóricas que conducen a un radical escepticismo.

RAZONAMIENTO JUSTIFICATORIO JUDICIAL

Rodolfo Luis Vigo
Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe (Argentina)

1. De la visión legalista-dogmática a la judicialista-crítica. La importancia iusfilosófica de lo metodológico

El paradigma dogmático-legalista se constituyó en Europa continental en el siglo XIX básicamente a instancias de la escuela exegética, la escuela histórica y el primer Ihering, y entre sus diferentes postulados característicos destaquemos, a los fines del presente trabajo, los siguientes: *1*. la sinonimia medular entre derecho y ley, remitiendo la Constitución al mundo no jurídico de lo político; *2*. la tajante separación entre creación y aplicación del derecho, aquélla librada a la voluntad perfecta del legislador, y ésta confiada a una razón judicial aséptica, que mediante un elemental mecanismo de subsunción repetía sin dificultades la ley para el caso; y *3*. el valor jurídico decisivo y central del modelo es la «*seguridad jurídica*», en cuanto saber a qué atenerse jurídicamente o contar con la respuesta previsible y anticipada para cada problema jurídico. Para ese paradigma no había espacio ni necesidad de razonamiento justificatorio, pues la decisión creadora del legislativo se justificaba en sí misma y era incontrolable, y luego venía el irrelevante silogismo formal judicial de rigurosidad teórica. De ahí la rudimentaria teoría interpretativa circunscripta a «reconstruir con fidelidad la voluntad del legislador», y la igualmente simple y rígida teoría de la fuente del derecho, centrada en la norma jurídica general, y más específicamente en la creada por el poder legislativo. Consecuentemente, aparecían las resistencias para confeccionar un listado de las fuentes del derecho complementarias de la ley, y así, por ejemplo, se llegaba dificultosamente a reconocer tal carácter a la costumbre, sólo en la medida que aclaraba la ley o suplía su silencio, pero nunca en oposición a la misma, y por el lado de la jurisprudencia, sólo para el supuesto que fuera reiterada y proveniente del tribunal de la máxima jerarquía.

Aquella «matriz disciplinar» continental sufrirá -según advierte simbólicamente Perelman[1]- un profundo agrietamiento en Nuremberg, al sacar a

[1] Perelman, C., *La lógica jurídica y la nueva retórica,* Ed. Civitas, Madrid. 1988, pág. 103.

la luz sus insuficiencias y debilidades, y en las décadas siguientes padecerá un amplísimo y variado abanico de críticas que terminaran de socavar sus cimientos, de reducir el número de sus adherentes teóricos y de poner de relieve su distanciamiento cada vez más pronunciado con la realidad y la operatividad del derecho. Algunas de las derrotas más directas e importantes que experimentó aquel paradigma tienen que ver con el reconocimiento de verdadera fuente del derecho a los «principios generales del derecho», con la institucionalización del control constitucional, con la admisión que la sentencia judicial no se limitaba a «aplicar» la norma legal, con la presencia exigente y axiológicamente expansiva de los derechos humanos, y con el debilitamiento de las pretensiones cientificistas generales en favor de proporcionar respuestas jurídicas a la medida de los casos. Más allá del mundo estrictamente jurídico, la sociedad democrática y pluralista ya no estará dispuesta a legitimar -como observa Atienza[2] por la remisión a la autoridad o por meras explicaciones estructurales o formales, sino pretende que la autoridad -a cuyo servicio está- tenga razones cuando toma una decisión, las haga conocer y las someta a la crítica ciudadana.

Los dos escenarios que más nos interesa subrayar son, por un lado, el de esa sociedad desconfiada de la autoridad y muy atenta y crítica con el modo en que la ejerce y, por el otro, haber recuperado el «sentido del derecho», que es el de resolver problemas jurídicos concretos en favor de las personas individuales o en cuanto miembros de sociedades. Insistiendo en este ángulo jurídico, resulta claramente arbitrario que por interés científico o por disponerlo un sector económico social se preste atención sólo a las normas jurídicas generales y se las constituya en fines en sí mismas y en el objeto exclusivo y excluyente del derecho y sus operadores. De lo que se trata, entonces, es de advertir que el derecho es una obra colectiva -parafraseando a Villey- que comienza a «determinar el constituyente con la mayor generalidad, pero que culmina el juez cuando, desde todo el derecho otorga una respuesta jurídica al problema que le llevaron los mismos que lo han constituido en autoridad.

El gran escenario jurídico olvidado por la teoría decimonónica ha sido el judicial y, en consecuencia, la primera tarea para poder elaborar una teoría jurídica realista, integral y satisfactoria, es no sólo recuperar aquel sector del derecho, sino advertir que es el momento final y privilegiado para reconstruir un nuevo paradigma[a]. El modelo iuspositivista decimo-

[2] Cfr. Atienza, M. *Las razones del derecho*. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 25.

[a] La explicación última de la existencia del juez se incardina con la presencia forzosa e inevitable de problemas jurídicos en la sociedad humana; por eso leemos en la «Ética a Nicó-

nónico, a puro voluntarismo y reclamo de seguridad jurídica, nos sacó de escena al juez y, entonces, de ese concepto mínimo del derecho que habla *Wroblewski*[3] sólo nos quedamos con las normas generales y se nos privó de las normas individuales. El derecho, más que un trabajo de equipo -como reclama *Aarnio*[4]- se dispuso que sea sólo obra de legisladores y no de jueces. Estos postulados característicos de la metodología legalista-dogmática, establecidos legislativamente y consagrados académicamente por la ciencia jurídica respectiva, se sustentan y expresan una cierta filosofía absorbida y debilitada por la ciencia física-natural, lo que constituye la clave última del modelo[5]. El camino gnoseológico permitido por el paradigma científico imperante en el siglo anterior tiene a la ley jurídica como el equivalente perfecto de la ley científica[6], y la seguridad o certeza jurídica reclamada desde el poder por la burguesía triunfante, no toleraba respuestas jurídicas a la medida de los casos. En definitiva, hay que volver a prestar atención privilegiada al espacio metodológico-jurídico, advirtiendo que es un verdadero «*banco de pruebas*» de cualquier filosofía jurídica[b]. Parafraseando con libertad a Larenz[7], podemos sintetizar lo que queremos expresar con el siguiente apotegma: «dime qué metodología jurídica sustentas y te diré qué filosofía jurídica sustentas o estás dispuesto a sustentar».

Es imprescindible que los iusfilósofos no perdamos de vista o, mejor aún, miremos con mucha y permanente atención el modo en que opera o pretendemos que opere el derecho, o sea, a la teoría de la interpretación jurídica comprensiva de la teoría de las fuentes del derecho, pero que además

---

maco»: «cuando están en desacuerdo los hombres recurren al juez, pues ir al juez es ir a la justicia, y el juez es la justicia animada (Aristóteles, «Ética a Nicómaco», 1132. a.)

[3] Wroblewski, J., «Sentido y hecho en el derecho», Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989, pág. 18.

[4] Aarnio, A., «Lo racional como razonable», Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 33.

[5] Cfr. Massini, C., «La desintegración del pensar jurídico en la Edad Moderna», Abeledo Perrot, Bs. As., 1980.

[6] Balaguer Callejón, F., «Fuentes del derecho», Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pág. 20.

[b] Fue muy caro el precio que pagó la filosofía del derecho por culpa de los «filosofismos» que intentaron filosofías jurídicas a la medida de sus «sistemas filosóficos» aunque despreocupados por el derecho concreto; con acierto dice Kaufmann que «las dos preguntas fundamentales de la filosofía del derecho son: qué es el derecho correcto y cómo conocemos o llevamos a la práctica el derecho correcto» (Kaufmann, A. - Hassemer, W., «El pensamiento jurídico contemporáneo», Ed. Debate, Madrid, 1992, pág. 49.

[7] Larenz, K.: «Mostrar el desenvolvimiento progresivo de la Metodología jurídica, normalmente en consonancia con la evolución del pensamiento jurídico filosófico y éste a su vez en clara dependencia con los principios corrientes del pensamiento filosófico» («Metodología de la Ciencia del Derecho», Ariel, Barcelona, 1994, pág. 3).

significa la dimensión dinámica del ordenamento jurídico[8]. Desde esta perspectiva se puede coincidir con Dworkin cuando pretende que la filosofía del derecho no sea un saber más sino que sea el «nervio de la reflexión sobre el derecho»[9].

Por supuesto que, junto a la más cualificada doctrina actual -desde Finnis hasta Aarnio, pasando por Alexy o Dworkin-, por supuesto y dejando de lado matices, pensamos que toda teoría jurídica es inescindiblemente normativista y prescriptivista, lo cual supone renunciar por imposible e inconveniente a pretensiones desvinculatorias de lo descriptivo respecto a lo prescriptivo. Es que en aquella preocupación por comprender la filosofía jurídica en la metodología jurídica supone también reconocer y reclamar la unidad del saber práctico y, dentro de éste, del saber jurídico, más allá de sus niveles o particularidades de enfoque, y en esto también buena parte de la doctrina contemporánea coinciden: desde Cotta a MacCormick, pasando por Nino u Ollero.

Volviendo al escenario perdido, ya hace algunas décadas que desde lo político Lowenstein constataba «uno de los fenómenos más característicos de la evolución del Estado democrático constitucional es el ascenso del poder judicial a la categoría de auténtico detentador del poder del Estado»[10]. En un terreno más jurídico, Esser, luego de confesar que observaba claramente «la crisis de nuestra teoría de las fuentes del derecho», agregaba que «el centro de gravedad va desplazándose lentamente desde el sistema codificado a una casuística judicial orientada según principios»[11], y desde Italia Mauro Cappeletti, sin perjuicio de reconocer que la interpretación judicial ha seguido siendo creadora, destaca que «un dato di falto che la maggiore accentuazione della creatività della funzione giurisdizionale a un fenomeno tipico del nostro secolo»[12]. Seguramente coincidimos con Larenz cuando escribe que «en la teoría ha sido hasta ahora sorprendentemente descuidada la interpretación de soluciones judiciales, a diferencia de la interpretación de las leyes y preceptos jurídicos»[13], o con Asis Roig[14], cuando describe la distancia que se verifica entre la teoría de las fuentes del derecho dominan-

---

[8] Cfr. Aarnio, A., ob. cit., pág. 141. Robert Alexy habla de los tres niveles del sistema jurídico: reglas, principios y teoría de la argumentación jurídica «Derecho y Razón Práctica», Fontamara, México, 1993, pág. 19.

[9] Dworkin, R., «La Filosofía del Derecho», Fondo de Cultura Económica, México, 1980, pág. 8.

[10] Loewenstein, K., «Teoría de la Constitución», Ariel, Barcelona, 1971.

[11] Esser, J., «Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado», Bosch, Barcelona, 1961, págs. 11 y 31.

[12] Cappeletti, M., «Giudici legislatori?», Giuffrè, Milano, 1984, pág. 19.

[13] Larenz, K., ob. cit., pág. 355.

[14]

te en el mundo académico y la práctica jurídica tribunalicia, o con Viehweg, cuando concluye que el problema central de la ciencia jurídica es «qué es lo justo en cada caso»[15], o con Warnock cuando precisa que «la aplicabilidad de una regla a un caso particular, por mejor que sea esa regla, no es, en general, una razón concluyente para actuar en esa situación como la regla lo exige»[16]. Pero estas coincidencias no son suficientes ni nos liberan de la responsabilidad de insistir en el cambio del paradigma y de lograr una teoría atractiva iusfilosóficamente sólida, capaz de ser internalizada por los juristas prácticos y el resto del mundo académico jurídico. Hay mucha inercia teórica aún donde más viva y plenamente está el derecho, que es en los tribunales, y por supuesto que aquélla también abunda entre los especialistas de las diferentes «ramas» del derecho vigente, y en una buena medida es tarea de la filosofía jurídica el romperla y promover el atractivo por preguntas y respuestas más consistentes y realistas.

Aún desde presupuestos distintos, compartimos la conclusión de Nino, cuando luego de descartar distintos modelos metodológicos de ciencia jurídica (el puro de Kelsen, el empírico de Ross y el «sistematizador» de Alchourron y Bulygin) reclama una ciencia o teoría jurídica «normativa», que preserve y rescate «lo que los juristas efectivamente hacen y las funciones que satisfacen, proporcionando un esquema de argumentación jurídica que se ajuste a esa actividad», capaz de «proporcionar pautas de lege ferenda que permitan justificar y enjuiciar regulaciones jurídicas positivas y orientar su eventual modificación», y de «proponer formas para completarlo y reconstruirlo, de modo do, permitir derivar soluciones axiológicamente satisfactorias», teniendo en cuenta que «el derecho positivo no provee razones suficientes para justificar una decisión aun cuando el orden en cuestión contenga una solución clara para el caso que debe decidirse. Si el concepto de derecho se define, como los positivistas proponen, sobre la base de propiedades fácticas y sin recurrir a características valorativas o normativas, las proposiciones que dicen que un cierto derecho positivo establece una obligación, un derecho, una sanción, etc., para un determinado caso, son reducibles a enunciados que dan cuenta de ciertos hechos, y los hechos no permiten por sí solos justificar una acción y decisión»[17]. Andrés Ollero, desde una mayor radicalidad, y con claras reminiscencias hermenéuticas, llega a afirmar: «actuar jurídicamente es siempre interpretar. Lo que se planteaba como un recurso de emergencia ante la obligada aplicación de la ley a "ca-

[15] Cit. por Larenz, K., op. cit., pág. 155.

[16] Warnock, G.J., «The Object of Morality», Londres, 1971, pág. 42.

[17] Nino, C. S., «Algunos modelos metodológicos de Ciencia Jurídica», Fontamara. México, 1993, págs. 21 y ss.

sos difíciles", se desvela como la textura habitual de toda praxis jurídica. Poco a poco se va desvelando la secreta afinidad que convierte al jurista en oportuno aliado de una rehabilitación de la filosofía práctica. La actividad jurídica misma aparece como una peculiar respuesta en práctica de dicho filosofar... la actividad jurídica aparecerá ante todo como un juicio: como el enjuiciamiento de una conducta concreta a la luz de un principio valorativo... Lo judicial es un prius radical dentro de la diversidad de elementos que constituyen la realidad jurídica... Esa matriz judicial de lo jurídico lleva consigo una paralela prioridad de la justicia... no establecemos que el derecho debe ser justo, sino que constatamos que todo derecho es y se presenta como la búsqueda de un ajustamiento de las relaciones sociales. Sin ese intento -aparente, al menos- ninguna actividad sería recibida como realmente jurídica»[18]. En definitiva, la perspectiva operativa o interpretativa del derecho es una vía particularmente idónea para mostrar las insuficiencias y la ideología propia del paradigma dogmático-legalista, y por ende, privilegiando el momento final del ajustamiento, que implica el derecho, podemos elaborar una teoría realista que de cuenta de las razones explicatorias y justificatorias del derecho.

2. El razonamiento jurídico como razonamiento práctico

Ya la filosofía griega marcó como un clasificador «radical, primitivo y general» de todo saber y razonamiento el ser teórico o práctico, y luego de haberse reducido la razón -especialmente, a lo largo del siglo XIX, aunque ratificada y aplicada por el círculo de Viena- a la razón científico-demostrativa o a la razón lógico- matemática, en las últimas décadas se escucha, proveniente desde muy diversos sitios, el reclamo por «rehabilitar a la razón práctica», sin complejos cientificistas, centrada en dirigir, aconsejar o valorar el comportamiento humano. Finnis, en consonancia con el pensamiento clásico, recuerda que el saber teórico o especulativo se ocupa de lo que es, mientras que el saber práctico tiene por objeto lo que «ha de ser (is to be)», y en consecuencia, sus problemas típicos son ¿qué debe hacerse?, ¿qué no debe hacerse? y ¿qué debe omitirse?, aunque particularmente esta última pregunta es importante, ya que lo frecuente en el saber práctico o ético no es tanto elegir entre el bien o el mal sino el de saber cuál de los diversos bienes deben ser hechos o perseguidos[19]. El profesor de Oxford insiste en que la «razonabilidad práctica» es «razonabilidad en la decisión», en la adopción de compromisos, en la elección y ejecución de proyectos y,

[18] Ollero Tassara, A., «¿Tiene razón el derecho?», Congreso de Diputados, Madrid, 1996, págs. 474 y ss.

[19] Finnis, J., «Natural Law and Natural Rights», Clarendon Press, Oxford, 1980, pág. 100.

en general, en la acción. La filosofía práctica es una reflexión disciplinada y crítica sobre los bienes que deben ser realizados en la acción humana, y los requerimientos de razonabilidad práctica»[20]. Kalinowski, desde iguales fuentes filosóficas, reitera que el saber práctico no se trata de saber qué es el bien en general, «sino, sobre todo, saber si el acto a realizar, aquí y ahora, es un bien o un mal», y la terminología clásica llama «prudencia» a esa capacidad de discernir en cada situación el bien y el mal concretos. El conocimiento jurídico no está abocado como el teórico o especulativo a contemplar esencias, sino que es práctico en tanto tiene por objeto dirigir el comportamiento humano y, así también «la interpretación jurídica es la interpretación práctica por excelencia... su fin no es la toma del sentido auténtico en vistas a su contemplación intelectual, sino la determinación de la regla de comportamiento», «aquél que interpreta un texto legislativo (en el amplio sentido) quiere llegar a saber en último lugar no solamente lo que el autor de ese texto ha dicho o ha querido decir (si es que esto puede saberse), sino cómo comportarse uno o cómo debe comportarse aquél que enseña (en el caso del profesor de derecho), o aconsejar (en el caso del abogado)»[21].

Sabido es que ese reclamo por reconocer la practicidad del saber y del conocimiento práctico no sólo proviene de aquellos que se inspiran en la filosofía aristotélico-tomista, sino que se origina en orientaciones dispares. Así merece ser referenciado el esfuerzo de Alexy[22] desde las perspectivas pragmáticas o éticas del diálogo para identificar al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico y, por ende, sometido a las 28 reglas del «código» de la razón práctica, muchas de ellas desbordando el plano meramente formal. O también la teoría de Raz[23] basada en reconocer a las normas jurídicas como razones para actuar, pero postulando una completa filosofía práctica (una de sus ramas es la filosofía jurídica), con una parte sustantiva o valorativa (abocada a los argumentos construidos para mostrar qué valores debemos perseguir, qué razones para la acción deben guiar nuestra conducta, qué normas son vinculantes, etc.) y otra parte formal o de análisis conceptual (ocupada de las características lógicas, de conceptos tales como valor, razón para la acción o norma, y de la naturaleza de inferencia que gobierna el razonamiento práctico). En definitiva, al margen del respaldo de escuelas, nos importa consignar nuestra adscripción del razona-

[20] Ibídem, pág. 12.

[21] Kalinowski, G., «Philosophie et logique de l'interpretation du Droit», N. XVII, París, Sirey, 1972, págs. 41 y ss.

[22] Cfr. Alexy, R., «Teoría de la argumentación jurídica», Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

[23] Cfr. Raz, J., «Practical Reason and Norm», Princeton University Press, 1990.

miento jurídico a los razonamientos prácticos, y que, por ende, él es intrínsecamente axiológico, requiere de un método dialógico a los fines de alcanzar saberes que si bien parten de verdades universales, sólo proporcionan certezas probables a la hora de regular conductas humanas concretas[24].

3. El silogismo práctico judicial

Haber afirmado la practicidad del razonamiento jurídico no implica sustraerlo a exigencias lógicas o formales. Es cierto que la lógica formal y la estructura silogística judicial terminaron con mala prensa después de la confianza excesiva que había despertado en los ámbitos del positivismo legalista. Entre las reacciones jurídicas más importantes en el continente europeo contra la lógica formal judicial ocupa un lugar destacadísimo Perelman y los diferentes expositores de las teorías sobre la argumentación, sin contar las reacciones radicales y absolutas que descalificaron a toda pretensión de racionalidad en el campo de las decisiones judiciales. Sin embargo, pensamos con Kalinowski[25] que el razonamiento jurídico judicial se nutre de elementos para-lógicos o retóricos; de elementos extra-lógicos donde están dogmáticamente impuestas para el jurista presunciones, ficciones, etc.; pero, por supuesto, también requiere de elementos lógico-formales. Aun cuando los problemas lógico-formales no agoten los problemas del razonamiento judicial, lo cierto es que su consideración es forzosa, por lo que vale en aquél campo la conclusión genérica del ya citado Kalinowski: «todo razonamiento en tanto que es razonamiento depende de la lógica»[26].

Admitir las exigencias lógico-formales sobre el razonamiento judicial implica vincular a éste con el silogismo deductivo, porque, como enseña Kalinowski, «el nombre de la lógica en su sentido más restringido designa a la lógica formal deductiva»[27]. Por ello, no sorprende la afirmación de Klug de que «la forma básica del razonamiento jurídico es el silogismo jurídico»[28], o de MacCormick, cuando reconoce en el derecho «un hogar seguro»[29] para la lógica deductiva. Más allá de los requerimientos lógico-deductivos que pesan sobre el razonamiento judicial. García Amado pone de relieve la

---

[24] Cfr. Massini, C. I., «La prudencia jurídica», Abeledo Perrot, Bs. As., 1983.

[25] Cfr. Kalinowski, G., «Introduction a la lógique juridique», Librairie Génerale de Droit et de Jurisprudence, París, 1965, cap. IV.

[26] Kalinowski, G. «Philosophie et logique de...», art. cit., pág. 48.

[27] Kalinowski, G., «Introduction...», cit. pág. 42, y «La logique déductive», Presses Utuversitaires de France, 1996.

[28] Klug, V., «Lógica jurídica», Temis, Colombia, 1990.

[29] MacCormick, N., «The Nature of Legal Reasoning: A brief Reply to Dr. Wilson», *Legal Studies,* Nr. 2, 1982, pág. 290.

«función retórica de legitimación de la decisión»[30], que aquellos cumplen; e incluso Klug[31] y Schreiber[32] consideran que las leyes lógicas son normas de derecho no escritas, y exigidas por la Constitución. En definitiva, coincidimos con Alchourron y Bulygin, que «aunque sea verdad que para establecer las premisas del argumento uno debe recurrir a veces a interpretaciones, decisiones y valoraciones, el razonamiento, es decir, el paso que conduce de las premisas a la conclusión, es -o más bien, puede ser- reconstruido como una inferencia deductiva»[33].

Esta confianza y afirmación silogística respecto del razonamiento judicial supone recordar que el silogismo es una noción analógica, y que el silogismo de que hablamos los juristas es el práctico, en donde inevitablemente aparecen comportamientos, valoraciones y normas, amén de un marco institucional fuerte. Muchas de las críticas destinadas al silogismo judicial identifican a éste con las características propias del saber teórico, y en consecuencia, no alcanzan al silogismo práctico. Así, por ejemplo, Perelman, cuando denuncia las insuficiencias del silogismo, se basa en que «en el silogismo el paso de las premisas a la conclusión es necesario, no ocurre lo mismo cuando se trata de pasar de un argumento a una decisión»[34]; sin embargo, está incluido en el silogismo práctico esta exigencia decisoria (MacCormick) que no invalida la deducción aun cuando le ponga límites a aquélla. Victoria Iturralde[35] también pone distancias con el silogismo judicial por su incapacidad para establecer las premisas; pero en realidad no es esa la pretensión silogística sino, simplemente, un control formal o estructural de la justificación interna; por eso, el razonamiento justificatorio no se agota en la dimensión deductiva. También Wellman[36] le pide mucho, o improcedentemente, al silogismo, cuando lo plantea como una alternativa al reconocimiento de las inconsistencias en el derecho, pues la admisión de éstas no descarta per se la necesidad y conveniencia del control lógico deductivo sobre la decisión judicial. Tampoco nos parecen eficaces las dudas que introduce Atienza[37], en torno a lógica formal deductiva, dado que la argu-

---

[30] García Amado, J. A., «Teorías de la Tópica Jurídica», Civitas, Madrid, 1988, pág. 196.

[31] Klug, V., op. cit., pág. 202.

[32] Schreiber, R., «Lógica del derecho», Sur, Bs. As., 1967, págs. 119 y ss.

[33] Alchourron, C. - Bulygin, E., «Análisis lógico y Derecho», Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 304.

[34] Perelman, C., «La lógica jurídica», op. cit., pág. 11.

[35] Iturralde, V., «Sobre el silogismo judicial», *Anuario de Filosofía del Derecho,* Madrid, 1991, págs. 239 y ss.

[36] Wellman, V. A., «Practical Reasoning and Judicial Justification: Toward an adequate Theory», University of Colorado Law Review, nr. 57, 1985.

[37] Atienza M., «Las razones...», cit. pág. 168.

mentación jurídica se enfrenta con «argumentos a favor» y «en contra», y porque ella es «reticular» más que «lineal», en razón de que estas dudas se vinculan con lo externo de las premisas o ignoran el modo propio de la inferencia práctica. En definitiva, aun cuando reconozcamos que hay otros tipos de raciocinios que usa el juez al decidir, es necesario que él recurra a un silogismo deductivo o que se pueda reconstruir su iter con esa estructura «para pasar de lo general universal a lo individual (de lo abstracto a lo concreto)»[38].

4. Las premisas de los silogismos judiciales

Hemos coincidido en el punto anterior acerca del recurso silogístico que hace el juez al razonar, y si bien es correcto afirmar que desde un punto de vista «macro» debe estar presente aquella estructura en la decisión, ello no implica sostener que sólo hay silogismos o que sólo hay un único silogismo. En efecto, amén de que el juez emplea raciocinios inductivos amplificantes, analógicos y estadísticos -según Kalinowski- nos interesa señalar que lo habitual es que haya «polisilogismos», o, como prefieren decir Aarnio[39] y Peczenik[40], hay «cadenas» o «árboles» silogísticos, pues recordemos además que el razonamiento judicial es normalmente entimático, en tanto hay ciertos argumentos que están implícitos u ocultos, y no explicitados o expresados.

Precisando lo señalado, estimamos que el juez básicamente estructura un «macrosilogismo», que contiene la decisión que resuelve el caso que lo ocupa y, por ende, debe establecer como mínimo la premisa mayor o enunciado normativo, la premisa menor o enunciado fáctico y la resolución o enunciado normativo individual. Pero además de estas tres inevitables decisiones[41], hay una cuarta decisión, que en realidad es lógicamente primera en tanto posibilita o frustra las restantes; me refiero a lo que podríamos llamar «la decisión constitutiva de la litis». El objeto de ésta es precisar el problema que debe ser resuelto y si las partes han hecho lo que correspondía a los fines de que el juez efectivamente se pronuncie. Esta primera decisión se constituye en una especie de prerrequisito de las restantes, no sólo en cuanto fija las cuestiones acerca de las cuales se está discutiendo en el proceso, sino que además establece si la causa está en condiciones de obtener la res-

[38] Kalinowski, G., «Introduction...», cit., pág. 200.

[39] Aarnio, A., «Derecho, Racionalidad y Comunicación Social», Fontamara, México, 1995, pág. 58.

[40] Peczenik, A., «On Law and Reason», Dordrecht, 1989, págs. 126 y 158.

[41] Wroblewski menciona cinco decisiones: de validez, de interpretación, de evidencia, de integración o subsunción y final (Wroblewski, J., «Sentido y hecho en el derecho», op. cit., págs. 21 y ss.)

puesta peticionada. Así, a manera de ejemplo, pensemos que puede ocurrir que lo reclamado por la actora no se encuentre perfilado con nitidez y que se requiera clarificar ese punto, o también que la vía procesal adoptada o el sujeto que demandó o el órgano ante el cual se interpuso la demanda, no sean las que correspondieran. Esta decisión judicial inicial debemos suponer que también es fruto de un silogismo, pero de todas maneras en el presente trabajo no nos detendremos en ella, sino que prestaremos atención a las otras tres que ofrecen mayor interés teórico y práctico.

La segunda decisión, o sea, la premisa menor del macrosilogismo decisorio, tiene por objeto establecer un cierto enunciado fáctico, o sea, que ciertos hechos alegados por las partes y en base a la prueba aportada por las mismas, aquellos han sucedido en un espacio y tiempo determinados, y tienen una específica significación jurídica en orden a la litis planteada. Este momento decisional aparecía como irrelevante o sin complicaciones para el paradigma dogmático legalista, no obstante, que en él el juez contaba con una notable libertad y superior a la que disponía para la premisa mayor o normativa. Frank, entre otros, lo advierte cuando afirma que esa «discrecionalidad en cuanto a los hechos o soberanía virtualmente incontrolada o incontrolable, ha pasado por alto a la mayoría de los juristas»[42]. Desde el «hecho bruto» (Larenz) hasta el hecho fijado y asignado en su proyección jurídica, un proceso en el que el juez no es propiamente un historiador -por utilizar el clásico símil de Calamandrei[43]- porque se le exige imparcialidad, porque acepta ciertos hechos como dados aunque no haya prueba, porque excluye ciertas pruebas no obstante su capacidad probatoria y porque no es libre y tiene plazos para pronunciarse.

La tercera decisión o premisa mayor del silogismo medular judicial, es aquella en la que el juez establece una regulación jurídica general en la que puede subsumirse el hecho individual que debe resolver y disponer las respectivas consecuencias jurídicas. Este enunciado normativo excepcionalmente es una estricta repetición de una respuesta jurídica ya dada, especialmente ya dada por una ley, pues lo habitual es que el caso que se resuelve imponga alguna modalización o peculiaridad; pero aún en esa hipótesis extraña de reiteración más que de redundancia normativa, habría mantenimiento o confirmación de la vigencia de la regla en cuestión. Este reconocimiento de creación judicial se refleja en el valor y utilidad que tiene precisamente el «precedente» judicial, pues lo que estrictamente interesa a los operadores del derecho no es tanto la respuesta individual que se dio a un

[42] Frank, J., «Derecho e incertidumbre», Centro Editor de América Latina, Bs, As., 1968, pág. 70.

[43] Cfr. Asis Roig, R., «Jueces y normas», cit., pág. 127.

caso sino la norma general en la que se subsumió el mismo, posibilitando dicha respuesta. Bulygin, sin perjuicio de poner en duda el carácter de jurídica de esa norma creada por los jueces, dada su falta de obligatoriedad y vigencia forzosa -por lo que les llama «anómalas»-, concluye: «jurídicas o no, éstas son las únicas normas que los jueces crean»[44]. Por nuestra parte, estimamos que esa *norma general judicial una vez que adquirió el carácter de cosa juzgada y está justificada apropiadamente,* ella es plenamente válida (existe jurídicamente y obliga -a su manera- a autores y destinatarios) y está vigente jurídicamente (es una respuesta jurídica disponible para los operadores y con razones para afirmar que será aplicada en los casos subsumibles); mientras que la validez se da o no se da, la vigencia admite grados de la misma. Más allá de estas diferencias, igualmente coincidimos con Alchourron y Bulygin que la premisa mayor es una norma y no una mera proposición normativa, lo que garantiza que la conclusión individual del silogismo sea normativa. Finalmente, pongamos de relieve que la creación normativa general judicial se expresa tanto negativamente (por ejemplo, cuando descarta interpretaciones positivas o normas válidas) como positivamente (por ejemplo, al explicitar normas implícitas, precisar definiciones, extender analógicamente respuestas vigentes, etc.)

La cuarta decisión es la conclusión que se infiere de las premisas puestas por el juez, y dado que estamos en el campo del saber práctico, importa destacar que puede haber más de una respuesta tolerada lógicamente por las mismas premisas, aun cuando quede igualmente determinado que algunas conclusiones son imposibles y otras necesarias. Si bien deberíamos llamar «sentencia» a la totalidad del razonamiento judicial resolutorio, esta conclusión es la que tiene el fallo en sentido estricto o la resolución al problema planteado en el proceso por las partes, y con él lo que en última instancia se establece, es la definición deóntica de ciertas conductas en cuanto prohibidas, obligatorias o permitidas, aunque Asis Roig entiende que el fallo *puede ser o bien una norma definitoria o un imperativo* específico. Jurídicamente esta norma individual es de importancia decisiva para las partes del proceso, pero carece de relevancia más allá del mismo, o mejor dicho, ello dependerá del aporte creativo que contenga respecto a lo ya establecido en las premisas. La validez y vigencia de esta norma judicial individual quizás resulten más indiscutibles, pues es evidente que ella existe jurídicamente o es válida en tanto esté justificada y obligando a sus destinatarios (partes procesales, auxiliares de la justicia, policía, etc.) y que además es vigente (hay fuertes razones para afirmar que será aplicada). Comparativa-

[44] Alchourron - Bulygin, «Análisis lógico y Derecho», cit., pág. 365.

mente en relación a otras decisiones judiciales, la norma individual, es la que ofrece en principio menos discrecionalidad.

Hemos descrito las premisas del silogismo práctico que construye el juez de manera explícita o implícita a los fines de dar respuesta jurídica e imperativa a los problemas jurídicos que se van presentando en la sociedad, y puede haber quedado la sensación de que ese proceso cumplido por el juez es lineal y acumulativo. Sin embargo, ya advertimos sobre los raciocinios judiciales no silogísticos, sobre los silogismos con premisas no expresadas u ocultas y sobre los «polisilogismos» y ahora queremos prevenir acerca de que el contexto de descubrimiento judicial no siempre coincide con el contexto de justificación y, además, sobre la «recíproca compenetración entre los actos de constatación de hechos reales y los de calificación jurídica» (Schauerle)[45]. En efecto, Karl Engisch destacó con elocuencia acerca de ese «ir y venir de la mirada judicial» desde las normas a los hechos y desde los hechos a las normas («Hin- und Herwandern des Blicks») lo que constituye según Larenz «una manifestación del círculo hermenéutico»[46]. Es indudable que el juez, precisamente por el carácter práctico de su razonamiento decisorio, normalmente debe optar entre diversos silogismos que sólo puede apreciar apropiadamente si los tiene integralmente construidos a su disposición; en terminología clásica podríamos decir que la prudencia judicial antes de imperar o decidir tiene que conocer y juzgar entre diferentes alternativas que sólo puede apreciar si las representa no sólo en las conclusiones sino también con las premisas que las posibilitan.

5. La justificación del razonamiento decisorio judicial

En materia decisoria judicial entendemos por justificar o fundamentar a la exposición de los argumentos o las razones suficientes y apropiadas para establecer la validez jurídica de las decisiones judiciales[47]. Es cierto que hay autores que se han preocupado por distinguir entre justificación y fundamentación: el mismo Alexy[48] entiende que aquella es más amplia, pero sin embargo opta por usarlos indistintamente. Nosotros también los emplearemos como sinónimos aunque nos parece -con Ferrater Mora[49]- que la fundamentación es más abarcativa, mientras que la justificación se vincula específicamente a las opciones dentro del saber práctico o ético. La exigencia de justificar supone la existencia de una duda, o la presencia de más de una

[45] Cit. por Larenz, K., «Metodología...», cit. pág. 275.

[46] Ibídem.

[47] Summers, R. S., «The Types of Substantive Reasons: The Core of a Theory of Common Law Justification», *Cornell Law Review 63,* 1978, págs. 724 y ss.

[48] Alexy, R., «Teoría de la argumentación jurídica», cit., pág. 52.

[49] Ferrater Mora, J., «Diccionario de Filosofía», Alianza, Madrid, 1990, pág. 1834.

alternativa; por eso ya Aristóteles inscribía la deliberación racional en aquello «que está a nuestro alcance y es realizable», y la excluía respecto de las cosas eternas, de las cosas que siempre se suceden de la misma manera o del azar. Esta vinculación de la argumentación racional a la duda está presente en Cicerón: «rationem quac rie dubiae faciat fidem» y también en Alexy «de una justificación se hablará sobre todo cuando se ofrecen razones frente a una objeción o una duda»[50].

En el terreno justificatorio judicial es inequívoco la presencia de un interlocutorio o destinatario del discurso, de quien se procura obtener el asentimiento, y esto ya está presente en la definición que trae Tomás de Aquino de argumento: «Argumentum dicitur, quod arguit mentem ad assen tiendum alicui» (se llama argumento lo que arguye la mente para convencer a alguien); por eso es oportuno recordar que metodológicamente el esfuerzo discursivo es dialógico o dialéctico (Villey) en tanto aparecen dudas, reclamamos agravios o argumentos a los que corresponde clarificar, responder o desechar o replicar. Siendo el argumento la expresión verbal o escrita del razonamiento, estamos presuponiendo la existencia del lenguaje, y, con él, la necesidad de respetar las reglas propias de su uso, y estar prevenidos acerca de los problemas que conlleva.

En esa exposición argumental no sólo pesan las exigencias lingüísticas, sino también las estrictamente lógicas o formales, y las que avanzan en lo sustancial o contenido de los argumentos. En este punto nos parece conveniente estar advertidos de las insuficiencias de las justificaciones meramente formales, y además de las insuficiencias de las justificaciones exclusivamente jurídicas autoritativas. En efecto, los riesgos de circularidad, arbitrariedad o dogmatismos de los juridicismos justificatorios han sido señalados clásicamente por los iusnaturalismos que reclaman una razón jurídica abierta a los bienes o valores humanos básicos (Finnis), pero contemporáneamente autores como Nino reclaman que la justificación jurídica culmine en la moral y en la objetividad: «La justificación que recurre a una norma jurídica que se supone válida, debe depender en última instancia para fundamentar esa validez de: a) normas que sean b) categóricamente aceptadas, c) por su contenido y que d) pretendan tomar en cuenta imparcialmente los intereses de todos los afectados. Vale decir, normas morales»[51].

A criterio de Raz[52], una de las tres características más generales e importantes del derecho es el ser institucionalizado, y Alexy considera que los

---

[50] Alexy, R., «Teoría de la argumentación jurídica», cit.

[51] Nino, C. S., «Respuesta a J. J. Moreno, P. E. Navarro y M. C. Redondo», en *Doxa*, nr. 13, 1993, pág. 262.

[52] Raz, J., «The Concept of a Legal System. An Introduction to the Theory of Legal System», Clarendon Press, Oxford, 1980; Atienza, M. «Las razones del Derecho». cit., pág. 39.

enunciados doctrinarios (él los llama «dogmáticos») se forman, fundamentan y comprueban «en el marco de una ciencia del derecho que funciona institucionalmente»[53]. Creemos que el discurso justificatorio judicial no sólo se cumple en ese marco institucionalizado del derecho, sino que él es prueba inequívoca de esa dimensión institucional, pues, además de competencias, procedimientos, órganos, jerarquías, etc., están presentes en aquél normas, convenciones, recomendaciones, etc.

Finalmente, y antes de introducimos en las funciones que cumple la justificación, aludamos a una distinción que, introducida por Wroblewski[54], logró importante aceptación; nos referimos a la clasificación entre justificación interna y justificación externa: mientras aquella remite a las vinculaciones lógicas o formales una vez puestas las premisas, la otra se ocupa de la justificación de las premisas mismas. Esta distinción tiene la utilidad de llamar la atención sobre las insuficiencias de la lógica, y la importancia del discurso axiológico y del oculto, y que en consecuencia, un control integral sobre el discurso justificatorio no puede perder de vista esas dimensiones. Sin embargo, tiene el riesgo de desconocer que es muy difícil y de dudosa conveniencia señalar en la práctica cuándo termina la justificación interna y empieza la externa, amén de ignorar que el juez opta entre discursos justificatorios completos y no fraccionados.

6. Funciones de la argumentación justificatoria

La historia del Derecho no es muy favorable hacia la imposición al juez de justificar sus decisiones. En Francia, a finales del siglo XIII, se abandona por los jueces la práctica de motivar, incluso se llega a advertir a los jueces que deben cuidarse de mencionar la causa de la decisión y, además, estaba prohibido publicar las resoluciones judiciales sin autorización del parlamento. Montesquieu, en el siglo XVIII, manifestaba la inconveniencia de justificar las sentencias, dado que con ello se promovían entorpecimientos por parte de quien perdía el juicio. Será después de la Revolución Francesa -concretamente, en 1790- cuando se dictan normas que establecen la obligatoriedad de la motivación de las sentencias civiles y penales.

Prieto Sanchís[55] asocia al absolutismo la falta de interés para la motivación de las decisiones judiciales; y diversos autores insisten en remitir la

[53] Alexy, R., «Teoría de la argumentación jurídica», cit., pág. 245.

[54] Wroblewski, J., «Legal Syllogism and Rationality of Judicial Decision», en *Rechtstheorie* 5 (1974), págs. 39 y ss.; Redondo, M. C., «La noción de razón para la acción en el análisis jurídico», Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1996, págs. 217 y ss.

[55] Prieto Sanchís, L., «Ideología e interpretación jurídica» Tecnos, Madrid, 1987, pág. 116.

exigencia de fundamentación al proceso de democratización. Lo cierto es que constatamos en nuestro tiempo lo que escribe Aarnio: «la responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones»[56], de modo que el primer reclamo al decisor es más que decidir de un cierto modo, es decidir exponiendo razones o argumentos. Más allá de esa comprobación «empírica», es legítimo preguntarse el por qué de esta necesidad de justificación, y así pueden esbozarse *«respuestas metafísicas»*, que descansen en la naturaleza humana y en sus inclinaciones y primeros principios de la razón; *«respuestas culturales»*, que la vinculen a un cierto tipo cultural o «forma de vida», sin que exista nada necesario en ello; *«respuestas utilitaristas o técnicas»*, que pongan el acento en las ventajas de adoptarlas por los fines que procuran; *«respuestas definitorias o voluntaristas»*, en tanto lo remiten al establecimiento por acuerdo o por una autoridad; etc.

Las funciones que cumple la argumentación justificatoria son variadas y, entre ellas, nos parecen destacables:

1) función validante: Cotta[57], a partir de entender que una norma es un plexo compuesto por enunciado deóntico, justificación e interpretación, ha concluido que «la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente, el fundamento de aquélla», y en consecuencia la validez de una norma depende de su justificación;

2) función controladora: atento a que la sentencia es una unidad, sólo puedo juzgarla considerando las razones que intentan avalarla, y, además, el carácter institucional ya apuntado se manifiesta en los distintos tipos de control[58]: el académico, el superior, el profesional, el social, el político, el disciplinario, etc.,

3) función legitimadora: Mauro Cappeletti[59] entiende que los jueces se legitiman en el ejercicio de su poder a través de la práctica de ciertas «virtudes pasivas, formales o procedimentales», entre las que destaca la justificación de las decisiones;

4) función concretizadora: aquella orden racional general que implica la ley reclama intrínsecamente ser proyectada a los casos que en ella se subsuman, de modo que esa obra humana racional se acaba o completa en la tarea individualizadora judicial;

---

[56] Aarnio, A., «Lo racional como razonable», cit., pág. 29.

[57] Cotta, S., «Justificación y obligatoriedad de las normas», CEURA, Madrid, 1987, pág. 23.

[58] Tarello, G., «L'interpretazione della legge», Milano, Giuffrè, 1980, págs. 67 y ss.

[59] Cappeletti, M., «Giudici legislatori?», cit., págs. 63 y ss.

5) función didáctica: las reglas jurídicas intentan ser modelos y causas eficientes de conductas; por eso la explicación y proyección operativa a sus destinatarios favorece el conocimiento de las mismas y su eficacia;

6) función científica: a la hora de la descripción y reconstrucción sistemática del derecho vigente, con su modo de operatividad, sus fuentes del derecho, etc., es forzoso atender al discurso justificatorio judicial;

7) función estabilizadora: justificando la proyección de las respuestas jurídicas generales a los casos, es posible descargar futuras argumentaciones mediante la invocación de esos precedentes y aportar a la previsibilidad de respuestas concretas;

8) función pacificadora: la argumentación apropiada cumple una función persuasiva y no meramente resignada respecto de aquellos a los que son derrotados en el proceso;

9) función moralizadora: al inscribir la autoridad en el ámbito de lo racional, y así superar el conflicto moral -apuntado por Kant- que supone el disponer acerca de la libertad del otro.

7. Cuadro sinóptico de los argumentos o razones justificatorias judiciales

Las limitaciones impuestas en tomo a la extensión de este trabajo exigen que nos limitemos a indicar a continuación -y de manera muy esquemática y sucinta- las razones o argumentos idóneos para lograr la justificación de las diferentes decisiones judiciales: