D O X A

28

CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

D O X A

CUADERNOS DE
FILOSOFÍA DEL DERECHO

http: //cervantesvirtual.com/portal/doxa

Reservados todos los derechos

© Departamento de Filosofía del Derecho
Universidad de Alicante

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

Preimpresión e impresión: Espa*grafic* San Juan de Alicante

Impreso en España

Printed in Spain

Seminario de Filosofía
del Derecho de la
Universidad de
Alicante

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

Alicante, 2005

Í N D I C E

Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporánea
Norberto Bobbio and Contemporary Legal Philosophy

Luigi Ferrajoli:
Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio
Law and Democracy in Norberto Bobbio's Thought..... 15

Elías Díaz:
Norberto Bobbio: La responsabilidad del intelectual
Norberto Bobbio: the Responsibility of the Intellectual..... 37

Michelangelo Bovero:
Norberto Bobbio, profesor
Norberto Bobbio, Professor..... 51

Alfonso Ruiz Miguel:
Del Derecho al poder: el camino central de la obra de Norberto Bobbio
From Law to Power:The Main Line in Norberto Bobbio's Work..... 59

Richard Bellamy:
Norberto Bobbio: Estado de Derecho y democracia
Norberto Bobbio: The Rule of Law and the Rule of Democracy..... 73

Celso Lafer:
Bobbio y el holocausto. Un capítulo de su reflexión sobre los Derechos Humanos: el texto Quindici anni dopo y sus desdoblamientos
Bobbio and the Holocaust. A Chapter Taken from his Reflection on Human Rights: The Text "Quindici anni dopo" and its Unfolding 81

Racionalidad y estándares de prueba
Rationality and Standards of Proof

Jordi Ferrer Beltrán:
Presentación
Foreword 93

Larry Laudan:
Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar
Why A Subjective and Ambiguous Standard of Proof is No Standard at All 95

Michele Taruffo:
Tres observaciones sobre "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" de Larry Laudan
Three Remarks on Larry Laudan's "Why a Subjective and Ambiguous Standard of Proof is no Standard at all" 115

Marina Gascón:
Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos
On the Possibility of Formulating Objective Standards of Proof 127

Juan Igartua Salaverría:
Prolongaciones a partir de Laudan
Taking Laudan Further 141

Larry Laudan:
Una breve réplica
A Brief Reply 151

Artículos
Articles

Mario G. Losano:
Derecho turbulento. En busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales
Turbulent Law. In Search of New Paradigms in the Relationships between National Legal Systems and Supra-state Normativities 159

Miguel Angel Rodilla:
Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la Teoría Pura del Derecho
Dynamism and Coertion. On an Incongruity in the Pure Theory of Law 183

José Manuel Cabra:
El concepto de Derecho y el argumento de la relevancia práctica
The Concept of Law and the Argument from Practical Relevance ... 221

Gema Marcilla:
Desregulación, Estado social y proceso de globalización
Deregulation, Welfare State and Globalization Process 239

Macario Alemany:
Concepto y fundamentación del paternalismo jurídico
The Concept and the Justification of Legal Paternalism 265

Notas
Notes

Frederick Schauer:
La categorización, en el Derecho y en el mundo
Categorization – In Law and in the World 307

Antonio Martino:
El Digesto jurídico argentino. Una obra monumental
The Argentinian Legal Digest - a Magnificent Juridical work 321

Josep Aguiló:
Tres cuestiones sobre principios y directrices
Three Questions on Principles and Policies 329

Juan Ruiz Manero:
Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca
Principles, Goals and Rights. Another Turn of the Screw..... 341

Entrevista
Interview

Manuel Atienza:
Entrevista a Mario G. Losano
Interview to Mario G. Losano 369

NORBERTO BOBBIO Y LA FILOSOFÍA DEL DERECHO CONTEMPORÁNEA*

* En esta sección se reproduce el contenido de las ponencias presentadas en la sesión de homenaje al profesor Norberto Bobbio celebrada en Granada en el marco del XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social (24-29 de mayo de 2005).

DERECHO Y DEMOCRACIA EN EL PENSAMIENTO DE NORBERTO BOBBIO

Luigi Ferrajoli
Universidad de Camerino (Italia)

RESUMEN. Una de las enseñanzas más valiosas de la obra de Norberto Bobbio fue la superación de la situación de separación e incomunicabilidad entre la teoría del derecho y la filosofía política: aunque es cierto que ambas se diferencian por sus respectivos objetos -el derecho y la justicia, distinción que refuta la confusión del derecho con la moral y viceversa, en defensa del positivismo-, entre derecho y política existen cuatro nexos que impiden el aislamiento filosófico de la cultura jurídica y la involución autoritaria de la teoría política: (1) entre democracia y Derecho, (2) entre Derecho y razón, (3) entre razón y paz y (4) entre paz y Derecho (específicamente, derechos humanos). Tales nexos, junto a un quinto, entre política (pasión civil) y cultura (labor científica), permiten caracterizar al pensamiento de Bobbio como una filosofía militante.

ABSTRACT. One of the most valuable teachings in the work of Norberto Bobbio was that of overcoming the separation and lack of communication existing between the theory of law and political philosophy: while it is true that they differ with regard to their respective objects –law and justice, a distinction which, in defence of positivism, refutes the confusion between law and morality and vice versa-, four links exist between law and politics which prevent the philosophical isolation of legal culture and the authoritarian involution of political theory: (1) between democracy and law, (2) between law and reason, (3) between reason and peace (4) between peace and law (specifically, human rights). These links, together with a fifth one, existing between politics (civic commitment) and culture (scientific work), lead Bobbio´s thinking to be characterized as a militant philosophy.

1. Bobbio teórico del derecho y filósofo de la política

Si tuviera que indicar el aspecto más relevante del pensamiento de Norberto Bobbio, señalaría sin duda el vínculo que estableció entre democracia y derecho; más precisamente: entre democracia, derecho, razón y paz. Ésta ha sido –para mí, al menos– la contribución más importante y valiosa de Bobbio en los más de cuarenta años en que he tenido la fortuna de formarme bajo su magisterio. Pero antes de analizar las tesis bobbianas en torno a este vínculo –para comprender mejor la importancia y la naturaleza de éstas así como para dar la medida de su originalidad en la cultura jurídica y política de la segunda mitad del siglo XX– me parece que resultarán oportunas algunas consideraciones sobre el itinerario intelectual de Norberto Bobbio. Bobbio es conocido por el gran público principalmente como filósofo de la política y como teórico de la democracia. Se olvida con demasiada frecuencia que por encima de todo ha sido filósofo y teórico del derecho a la vez que jurista eminente, y que gran parte de sus estudios y de su actividad docente la dedicó a la teoría del derecho.

Ya esto es un aspecto singular de su personalidad. Bobbio ha sido al mismo tiempo el máximo teórico del derecho y el máximo filósofo de la política en la Italia de la segunda mitad del siglo XX. Enseñó filosofía y teoría del derecho hasta los primeros años setenta, y filosofía política en los años posteriores. Pero desde el principio cultivó siempre de modo paralelo los estudios de teoría del derecho y los de filosofía política. Si recorremos su ingente bibliografía, hallaremos que ya desde sus primeros escritos juveniles se alternan estudios de teoría del derecho –desde la teoría de las normas a la teoría del ordenamiento jurídico, desde los estudios de lógica y de epistemología del derecho a los que versan sobre las antinomias y sobre las lagunas– con memorables ensayos de filosofía política; desde los ensayos históricos sobre Hobbes, sobre Locke, sobre Kant, sobre Marx, hasta aquellos que dedicó a los grandes temas de la filosofía política como la libertad, la igualdad, la justicia, la paz y la guerra, la relación entre lo público y lo privado.

En este doble empeño intelectual y científico –como teórico del derecho y como filósofo de la política–, en esta doble actividad y, sobre todo, en la conjunción de estas dos actividades es donde a mi parecer reside el rasgo más original de la personalidad de Bobbio, el que hace de él una figura de intelectual y de estudioso absolutamente singular, parangonable únicamente a la de Hans Kelsen y (si bien en este caso desde posiciones opuestas) a la de Carl Schmitt y, por lo que se refiere a Italia, sin parangón en el panorama de la totalidad del siglo XX. Bobbio, al igual que Kelsen y más aún que Kelsen, ha superado la separación y la incomunicabilidad entre estudios de teoría del

derecho y estudios de filosofía política que caracterizan –desde la época de la Ilustración en adelante– el estado de nuestras disciplinas.

En efecto, debemos reconocer que desde el XIX en adelante, los estudios jurídicos y los estudios filosófico-políticos han estado –no sólo en Italia– por tradición, por formación de base, por organización académica del saber separados y distantes entre sí. Separados e incomunicantes a causa de una doble impermeabilidad: por un lado, en razón de la autosuficiencia, la autorreferencialidad y, en esencia, del aislamiento cultural de la ciencia jurídica que siempre ha defendido, en nombre de su tradición milenaria, su propia autonomía respecto de las demás ciencias sociales, así de las sociológicas como de las politológicas; por otro lado, en razón de lo inaccesible que resulta el saber jurídico para los no juristas dada su índole técnica y especializada, que siempre ha impedido el conocimiento y el uso de las categorías elementales del derecho a los filósofos de la política, dotados, por lo común, de una cultura esencialmente histórica, filosófica y humanística.

Resultaría conveniente elaborar un extenso discurso sobre la organización académica de nuestros estudios. Los juristas leen libros únicamente de derecho, y sus libros son leídos únicamente por los juristas. Por otra parte, la enseñanza del derecho está ausente no ya sólo de la escuela secundaria sino también de las Facultades de Filosofía, donde no existe ni siquiera una enseñanza del Derecho Público. Sucede, así, que juristas y filósofos de la política se ocupan exactamente de las mismas cosas: el poder, las libertades, las instituciones, las relaciones entre autoridad y libertad y entre Estado y mercado, la organización de la esfera pública, la administración de la justicia, la redistribución de la riqueza: en fin, de las formas de la democracia. Pero se ocupan de ellas basándose en lenguajes, puntos de vista y metodologías diversos –diversos y además separados por un implícito diafragma– y en consecuencia ignorándose entre sí de manera completa, a veces incluso ostentosa.

2. El divorcio entre ciencia jurídica y filosofía política en la cultura postilustrada

¿Cómo se explican una separación y una incomunicabilidad semejantes? Ciertamente, no sólo en virtud de la organización académica de nuestros estudios, que, si acaso, es un efecto de éstas, más que su causa. Las razones de fondo de esta fractura residen, a mi entender, en una operación político-cultural de signo antiilustrado que se remonta al siglo XIX. En efecto, ésta fue una separación querida y programada; se trató, por así decir, de un divorcio de mutuo acuerdo, perseguido igualmente por la cultura jurídica y por la cultura filosófico-política no solamente en Italia sino en todo el continente europeo, a partir de la segunda mitad del XIX.

El divorcio respecto a la filosofía y respecto a la sociología fue buscado abiertamente, en primer lugar, por la ciencia jurídica. Inmediatamente después de las codificaciones se desarrollaron en Europa dos grandes escuelas jurídicas –la Escuela de la exégesis en Francia y la Escuela histórica en Alemania– que, más allá de sus enfoques metodológicos opuestos se aliaron en prosecución de un mismo objetivo: el aislamiento epistemológico de la ciencia del derecho, que la escuela de la exégesis consideraba como mera explicación de la legislación positiva, y la pandectística alemana como reelaboración doctrinal de la tradición jurídica procedente del derecho romano. Fue un aislamiento que se manifestó, en ambos casos, en una especie de obsesión por la "cientificidad", asegurada ésta –he aquí los rasgos esenciales asumidos por la cultura jurídica desde el siglo XIX en adelante– por una concepción formalista y literalista de la interpretación de la ley, por la adopción del método técnico-jurídico en la construcción dogmática y, sobre todo, por la firme defensa de la autonomía epistemológica de las disciplinas jurídicas y por el rechazo de cualquier contaminación proveniente de las ciencias sociales y la filosofía política.

En la Italia posterior a la unificación este divorcio fue formal y solemnemente declarado, entre finales del XIX y principios del XX, en las lecciones inaugurales de los grandes maestros del derecho, verdaderos manifiestos programáticos y metodológicos encaminados a afirmar los métodos de la pandectística alemana en todos los campos del saber jurídico: no sólo en el derecho romano y en el derecho civil, donde la importación desde Alemania de la gran dogmática pandectístico-romanística era más obvia e inmediata, sino incluso en el derecho público y en el derecho penal, que en cambio no tenían ascendientes romanísticos y podían si acaso ufanarse de llevar tras de sí la gran filosofía contractualista e ilustrada –de Hobbes y Locke a Montesquieu, de Beccaria a Rousseau, a Kant, a Filangieri y a Pagano– por la cual habían sido trazadas las líneas del moderno estado de derecho.

Me limito a recordar, de esta operación de colonización civilista de las disciplinas iuspublicistas, dos lecciones inaugurales históricas. La primera es la de Vittorio Emanuele Orlando de 1889, en la que formuló el proyecto de refundar las disciplinas iuspublicistas aprovechando el "viejo material filosófico" que representaban las "teorías del derecho natural con sus eternas disputas repitiéndose de forma estéril, sobre la idea de Estado y de soberanía, sobre los límites de la obediencia política, sobre la forma óptima de gobierno, sobre la división de poderes, etc.."[1]. La segunda, de 1910, es la

[1] V. E. Orlando, *I criteri tecnici per la ricostruzione giuridica del diritto pubblico*, actualmente en *Diritto pubblico generale. Scritti varii (1881-1940) coordinati in sistema*, Giuffrè, Milán, 1940, p. 8. Contra estas "raíces del mal" (ibíd., p. 7), afirma Orlando, el "remedio

lección de Arturo Rocco *El problema y el método de la ciencia del derecho penal*[2], que, en términos aún más radicales, propugnó la esterilización filosófica de las disciplinas penalísticas por obra del método técnico-jurídico y el abandono, incluso la marginalización en nombre de la "cientificidad", de nuestra más ilustre y prestigiosa tradición filosófico-jurídica, la ilustrada y liberal que inaugurada por Cesare Beccaria, se desarrolló con Gaetano Filangeri, Mario Pagano y Giandomenico Romagnosi y se consolidó con la Escuela clásica de Giovanni Carmignani y de Francesco Carrara[3]. A esto

---

adecuado ya no consiste en una contemporización ecléctica, sino en reconducir el derecho público a su verdadero objetivo. Y el método es sencillísimo, al menos de formular: que el derecho público se considere del mismo modo que el derecho privado, como un complejo de principios jurídicos sistemáticamente coordinados" (ibíd., p. 20). Análogamente Santi Romano –cuando sostiene, en la introducción al ensayo *L'instaurazione di fatto di un ordinamento costituzionale e la sua legittimazione* (1901), actualmente en *Scritti minori*, Giuffrè, Milán, 1950, vol. I, p. 108, que "de derecho, entendiendo esta palabra en sentido estricto, quiere ser nuestro estudio"– declara que no se propone "examinar y discutir aquellos viejos problemas que tanto complacían a los constitucionalistas del período doctrinario y que, en su mayor parte, o han perdido su importancia o son para plantearlos sobre bases enteramente distintas". Por ejemplo, la teoría –concebida a la manera tradicional– del llamado Estado o Gobierno legítimo; la controversia sobre si el pueblo tiene o no el derecho de darse el ordenamiento que juzga mejor para sí; la admisibilidad del llamado derecho a la resistencia colectiva o a la revolución; los problemas del origen y, especialmente, de la justificación de la soberanía y, más adelante, el examen de las doctrinas que fundamentan el Estado sobre la fuerza, sobre elementos contractuales, y demás: son todos ellos argumentos que tendrán con el o la o lo actual. Esos puntos de contacto que, siendo intuitivos, ni siquiera es necesario indicar pero que, no obstante, difieren de ellos profunda y sustancialmente.

[2] La Escuela clásica, acusa Arturo Rocco, "ignara, olvidadiza, pues, de las enseñanzas de la escuela *histórica* del derecho, se había propuesto estudiar un derecho penal alejado del derecho positivo, creía poder forjar un derecho penal diferente de aquel consagrado en las leyes positivas del Estado": de aquí "un abandonarse a la desenfrenada voluptuosidad de la crítica legislativa y de la reforma de las leyes penales vigentes, a una crítica que, en sus desmedidas ansias reformadoras, harto a menudo no conoce límite" (*Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, en "Rivista de diritto e procedura penale", año I, nº X, 1910, Vallardi, Milán, 1910, pp. 4 y 3). El remedio propuesto es, exactamente, el que propugna Orlando para las disciplinas iuspublicistas: "Hace ahora veinte años, en el campo de las disciplinas de derecho público, se alzó autorizada una voz, la del ilustre profesor Orlando, que predicaba el divorcio o, por mejor decir, la separación de estas ciencias respecto a la sociología, la política y la filosofía, advirtiendo que ésta era la condición exclusiva para el progreso de estas ramas importantísimas de nuestro derecho. Y la voz no fue desatendida. Lo mismo podría repetirse hoy respecto al derecho penal, y la admonición sería más útil y oportuna que nunca" (ibíd., pp. 9-10).

[3] Merece ser recordada, aún antes, la declaración antifilosófica con la que se abre el más célebre *Tratado de derecho penal* del siglo pasado, publicado en 1908 y del cual se han seguido haciendo decenas de ediciones hasta nuestros días: "En nuestros estudios se nos aparece del todo superflua aquella parte estrictamente filosófica que los escritores antiguos acostumbraban a hacer preceder a sus tratados. Buscar los llamados fundamentos últimos... hoy ya no le está permitido a una disciplina eminentemente práctica, positiva y de buen sentido, como es la nuestra. Ciertamente, para el derecho penal fue bastante mayor el daño que el beneficio ocasionados por la infección filosófica que lo invadió, especialmente a partir del siglo XVII" (V. Manzini,

siguió el trasladar las disciplinas penalísticas, según una acertada imagen de Mario Sbriccoli, desde una "penalística civil", de base liberal y garantista, a una "civilística penal"[4] de signo antiliberal y autoritario.

Pues bien, este ataque de los juristas a la filosofía política en cuanto reflexión sobre los fundamentos axiológicos y sobre las funciones políticas de esos artificios que son el derecho y el Estado fue devuelto por una gran parte de los filósofos con equivalente dureza, acompañada por añadidura de un despectivo tono de superioridad. Ciertamente el desinterés y por ende la ignorancia del derecho fueron la característica común de las dos culturas filosóficas que dominaron en Italia y en Alemania durante gran parte del siglo pasado: la filosofía idealista, hegemonizada en Italia por Benedetto Croce y Giovanni Gentile en la primera mitad del siglo, y la cultura marxista en los treinta años posteriores a la Segunda Guerra Mundial. En ambos casos el derecho es esencialmente ignorado y devaluado: epifenómeno según Croce, que no llegó ni siquiera a situarlo en una de sus dos categorías de la PRÁCTICA –la ética y la economía– y que lo relegó a subespecie de la economía; mera superestructura para los marxistas, que respecto a las discusiones del derecho casi siempre han manifestado indiferencia o desprecio.

Hay un episodio, divertido a fin de cuentas, que revela de modo ilustrativo el estado de las relaciones entre cultura jurídica y filosofía en la Italia de principios del siglo XX: el durísimo ataque dirigido por Benedetto Croce contra el discurso inaugural de 1917 en Roma, con el que Pietro Bonfante reivindicaba el papel permanente de unificación política que el derecho romano y la enseñanza de éste habían desempeñado[5]. Fue un ataque violento, –e inmotivado, en apariencia– seguido de una réplica igualmente áspera por parte de Pietro Bonfante y, a continuación, de un enfrentamiento que se prolongó extensamente con intercambio de insultos en las páginas de "La Critica" y de la "Rivista Italiana di Sociologia", y que a punto estuvo de concluir con un duelo de no haber sido porque amigos y alumnos acudieron a separarlos. Un enfrentamiento, como ha observado Aldo Schiavone, que no tiene más que una explicación: lo que estaba en juego era la hegemonía cultural de los estudios jurídicos o bien de los filosóficos en la formación de las elites dirigentes. Croce, que con dificultad había conseguido afirmar

---

Trattato di diritto penale italiano, Fratelli Bocca, Turín, 1908, vol. I, pp. 3-4). Las mismas palabras, *grosso modo*, aparecen en la edición de 1933, *Trattato di diritto penale italiano secondo il codice di 1930*, Utet, Turín, 1933, pp. 6-7).

[4] M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, en A. Schiavone (edición a su cargo), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*. Laterza, Roma-Bari, 1990, p. 224.

[5] La historia es recordada por A. Schiavone, *Un'identità perduta. La parabola del diritto romano in Italia*, en *Stato e cultura giuridica*, op. cit., pp. 288-293.

la hegemonía de la filosofía idealista sobre la positivista, comprendió que la cultura jurídica, dado su carácter técnico y dada su difusión entre la clase política y burocrática, representaba la única cultura alternativa a aquella otra historicista de sello humanístico y filosófico que él mismo encarnaba; y que se trataba de una cultura rival, y tanto más potente por cuanto era absolutamente impermeable a la cultura filosófica.

3. La defensa bobbiana del positivismo jurídico y la separación entre derecho y justicia

En este contexto es donde se desarrolla, a partir de los años posteriores a la Primera Guerra Mundial, la obra de Norberto Bobbio: su magisterio metodológico y su itinerario teórico y filosófico, desde la teoría general del derecho hasta la teoría de la democracia.

El papel de Bobbio, y para muchos de nosotros su enseñanza más valiosa, consiste en haber roto con la separación entre estudios de teoría del derecho y estudios de filosofía política y en haber dirigido una doble tarea de alfabetización: la de hacer ver a los filósofos de la política la necesidad de conocer el derecho como condición para formular cualquier teoría de la democracia, por cuanto las formas y las reglas de la democracia –las "reglas del juego", como él las llamó– son precisamente reglas jurídicas, que dan vida a delicados mecanismos y a equilibrios complejos imposibles de dominar si no se conocen desde dentro; y la de hacer ver a los juristas el carácter no meramente técnico-jurídico, sino precisamente político tanto del objeto de su trabajo como de éste mismo, pues uno y otro no tienen que ver con una tecnología neutra del poder y de la organización social, sino con las formas, las condiciones y las garantías de las libertades y de la democracia, que están elaboradas principalmente por el pensamiento filosófico-político.

El aspecto más original de la obra de Bobbio es, por otro lado, que la tarea de superar la separación y la incomunicabilidad entre teoría del derecho y filosofía política la ha encarrilado, en aparente paradoja, tematizando la distinción entre ambas disciplinas como enfoques que se aplican a un mismo objeto, diferentes entre sí, pero igualmente esenciales. La ocasión de que estableciera esta distinción fue la defensa del derecho que Bobbio llevó a cabo, en los tiempos inmediatos a la Segunda Guerra Mundial, frente a la acusación dirigida contra el positivismo jurídico por parte de algunos filósofos del derecho promotores de lo que el propio Bobbio llamó el "retorno del derecho natural": la acusación de haber sido corresponsable de las degeneraciones totalitarias de los dos decenios precedentes[6]. Fue la

[6] N. Bobbio, *Trends in Italian Legal Theory* (1959), tr. it. en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milán 1965, Introducción, pp. 21-23, que recuerda el ensayo

primera de las muchas grandes distinciones entre enfoques disciplinarios diversos que Bobbio formuló, y resulta ilustrativa del papel metateórico de las distinciones –característico del estilo empírico-analítico que él inauguró en la filosofía jurídica y política– y de la relevancia teórica de las mismas tanto en lo que respecta al derecho como en lo referente a la política. Bobbio establece esta distinción fundamental justamente para defender el positivismo jurídico, como enfoque metodológico y como teoría del derecho, contra la acusación de no haber opuesto un freno a los totalitarismos y contra la pretensión del iusnaturalismo de postularse como método y como teoría alternativos a aquél. Él no niega en absoluto la importancia y la relevancia de las instancias de justicia que el iusnaturalismo formula. Simplemente las adscribe a la filosofía de la justicia –es decir, a la filosofía política normativa– reservando para la ciencia jurídica el estudio del derecho positivo. Y todo esto sobre la base de la distinción elemental entre derecho y justicia, frente a dos posibles y opuestas confusiones consistentes la una en reducir el derecho a la justicia, como hace el iusnaturalismo, y la otra en reducir la justicia al derecho, como hace el legalismo ético.

La defensa del positivismo jurídico, es decir de la positividad y de la artificialidad del derecho existente, viene también a coincidir, en la tarea de clarificación conceptual de Bobbio, con la defensa neoilustrada y liberal de la laicidad del derecho y de su separación respecto a la moral, en línea con la gran tradición filosófica procedente de Hobbes, Bentham y Austin y después, en el siglo XX, de Kelsen y Hart. A su vez, la separación entre derecho y moral Bobbio la traduce y la reformula en los términos de la gran división que ha sido siempre un postulado, casi una divisa, de la filosofía analítica del lenguaje que él mismo promovió en Italia por aquellos mismos años: la distinción y la separación entre ser y deber ser, entre hechos y valores –y consiguientemente entre *derecho tal como es* y *derecho como debe ser*, entre *derecho como hecho* y *derecho como valor*[7]– y, de modo correlativo, entre tesis y discursos jurídicos asertivos y tesis y discursos de carácter prescriptivo o valorativo acerca del derecho.

Así es como Bobbio delimita los diversos espacios, distintos y complementarios, de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho por un lado, y de la filosofía de la justicia y de la filosofía política normativa por otro. Y está

---

de D. Barbero *Rivalutazione del diritto naturale* en "Jus", 1952, pp.491-508, y además las actas de un simposio y el subsiguiente debate entre juristas católicos, recogidas en el volumen *Diritto naturale vigente*, Studium, Roma, 1951, y el ensayo del jesuita S. Lener, *La certezza del diritto, il diritto naturale e il magistero della chiesa*, en *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, Cedam, Padua, 1950, I, pp. 345-388.

[7] N. Bobbio, *Aspetti del positivismo giuridico* (1961), en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, op. cit., p.105.

claro que estos diversos enfoques y estatutos disciplinarios, en el momento mismo en que quedaban discernidos y reconocidos todos como legítimos, dejaban de situarse el uno en alternativa al otro como enfoques exclusivos y totalizantes y, en lugar de ello, manifestaban su parcialidad como enfoques sobre el mismo objeto efectivamente distintos pero no exhaustivos, y a ninguno de los cuales le está permitido ignorar la importancia del otro.

Pero hay aún otro aspecto de las distinciones de Bobbio que merece ser subrayado. Esta distinción, al igual que tantas otras formuladas por él –entre teoría del derecho, dogmática jurídica, sociología del derecho y epistemología de la ciencia jurídica– funciona en la obra de Bobbio como un instrumento de análisis y de clarificación conceptual con un doble valor –metateórico y teórico– de cara a la refundación de las distintas disciplinas.

En primer término, como clarificación conceptual, la distinción entre derecho y moral y entre derecho y justicia implicó la distinción –en el sentido de separación y recíproca autonomía epistemológica– entre teoría del derecho en tanto teoría analítica y descriptiva y filosofía política en tanto filosofía normativa de la justicia. Esta separación entrañaba, por añadidura, la afirmación de los valores políticos democráticos y liberales a los que Bobbio permanecerá siempre fiel. Y actuó, por lo tanto, en este sentido, como un factor de conexión: como tesis de carácter metateórico, pero dotada de una inmediata relevancia teórica, lo mismo para el derecho que para la filosofía política.

Efectivamente, esta separación implica la refutación de dos confusiones opuestas y simétricas, ambas de relevancia política y precisamente de signo autoritario: la confusión del derecho con la moral y la confusión inversa de la moral con el derecho. Por una parte, pues, el rechazo del *moralismo jurídico* y del *cognitivismo ético*, es decir de la idea iusnaturalista de que existe una justicia objetiva o sistema de valores ontológicamente fundamentado –la idea de que los valores "son", "existen" en el plano ontológico– y de que el "verdadero derecho" es (o cuando menos debería ser) el reflejo de un orden natural o racional y de que de su correspondencia con él extrae su legitimación verdadera y única. Por otra parte, el rechazo del *legalismo ético* y del *estatalismo ético*, es decir, de la idea inversa a la anterior de que el derecho, el Estado y las instituciones son valores en sí, fines en sí mismos: de que las leyes son justas por el hecho de ser leyes, y en consecuencia el poder posee una legitimación intrínseca, apriorística; de que, en fin, no existe, respecto al derecho y al Estado, un punto de vista externo autónomo: aquél que se expresa justamente a través de la autonomía de la conciencia y de la moral.

Es así como la defensa del positivismo jurídico se hace una misma cosa, en el pensamiento de Bobbio, con la afirmación y la defensa de los

cuatro postulados liberal-democráticos: los dos primeros, consiguientes a la *distinción* entre derecho y moral en sentido *asertivo*, o sea a la tesis de que el derecho es otra cosa que la moral; los otros dos, consiguientes a la *separación* entre derecho y moral en sentido prescriptivo, o sea a la tesis de que el derecho no debe ser un instrumento para reforzar la moral sino que debe proponerse como fin el de tutelar a las personas de carne y hueso[8].

El primer corolario de esta distinción es el reconocimiento de *la artificialidad del derecho*, vale decir, de que el derecho es un producto de las decisiones humanas. Con dos consecuencias. La primera es una indicación metodológica a la vez iuspositivista y realista: nos guste o no, el derecho del que debemos ocuparnos es el derecho positivo, cuya existencia y/o validez debemos reconocer basándonos en las normas sobre su producción, independientemente de su justicia o injusticia. La segunda consecuencia es que, inversamente, la validez del derecho en absoluto implica la justicia; y que en consecuencia el derecho positivo no puede pretender una legitimación ética apriorística de sus contenidos, sino solo aquélla otra, jurídica y formal, que le confieren las formas democráticas de su producción.

El segundo corolario de la distinción, conexo con el primero, es la afirmación del *principio de legalidad*, para el cual la artificialidad es el presupuesto necesario, aunque no suficiente. Efectivamente, sólo la producción artificial del derecho en las formas de la ley puede asegurar el que la aplicación de éstas quede convencional y taxativamente predeterminada, lo que equivale a asegurar el gobierno de las leyes en lugar del gobierno de los hombres. En este sentido el principio de legalidad no es solamente la norma de reconocimiento del derecho existente, sino también el presupuesto de todas las garantías del estado de derecho: de la certeza, de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, de su inmunidad frente a la arbitrariedad judicial y de la sujeción al derecho del juez y, más en general, de todos los poderes públicos.

El tercer corolario, consiguiente éste a la separación entre derecho y moral en sentido prescriptivo, es la *laicidad del Estado* y de las instituciones políticas: es decir, el principio de que Estado, derecho e instituciones no pueden, para garantizar el pluralismo político y religioso así como la autonomía de la conciencia moral, ser utilizados como instrumentos de afirmación o de reforzamiento de una determinada moral o ideología oficial. No deben éstos promover, si se proponen tutelar la igualdad de las personas y su libertad de conciencia y de pensamiento, ninguna religión específica, ningu-

[8] Para estas dos diversas significaciones de la separación entre derecho y moral, remito a mi *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Roma-Bari, 1989, cap. IV, pp. 203-217.

na ética particular ni ninguna ideología política, sino que deben respetarlas todas indistintamente, sin privilegios ni discriminaciones, como factores de la identidad de las personas reducidos al ámbito de su autonomía e inmunes a cualquier invasión heterónoma.

Por último el cuarto corolario, conectado igualmente a la tesis de la separación en sentido prescriptivo, es el *utilitarismo jurídico*, esto es, la idea ilustrada y contractualista, hobbesiana y antihegeliana, de que derechos y Estado no son valores intrínsecos, sino instrumentos para fines externos a ellos mismos: para la garantía de la vida y de los otros derechos fundamentales de las personas, que además, en democracia, son las mismas por las cuales son producidos el Estado y el derecho. De aquí se deriva un papel no sólo legitimador sino también deslegitimador para el derecho y las instituciones políticas, que se ven justificadas precisamente por su papel garantizador de los derechos, pero que del mismo modo quedan deslegitimadas en el momento mismo en que dejan de desempeñar ese cometido.

Se revela así el extraordinario valor pragmático de estas distinciones y de las clarificaciones conceptuales. Una tesis de teoría del derecho aparentemente banal como es la de la distinción/separación entre derecho y moral sirve para fundar –con sus corolarios de la positividad y de la artificialidad del derecho, de la laicidad del Estado y de la concepción utilitarista de ambos como instrumentos de tutela de los derechos fundamentales– otras tantas tesis de la filosofía política bobbiana. Pero no sólo esto. Basándose en esta tesis es como Bobbio propone una refundación epistemológica tanto de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho como de la filosofía política.

4. Bobbio teórico del derecho. La propuesta bobbiana de una refundación empírico-analítica de la ciencia jurídica

La refundación epistemológica de la ciencia jurídica y de la teoría del derecho que propone Bobbio se basa pues, en primer lugar, en su caracterización del estudio del "derecho que es", distinto del estudio del "derecho que debería ser", que por su parte constituye el horizonte de la filosofía política normativa. Pero hay otro aspecto específico y original de la contribución de Bobbio a la epistemología jurídica. Consiste éste en haber conjugado la teoría del derecho y el normativismo kelseniano con la filosofía analítica, y por ello en haber encabezado y promovido un nuevo camino metodológico: el de la teoría y de la filosofía iusanalítica.

Desde este punto de vista, Bobbio ha sido un auténtico innovador. Fue el primer teórico del derecho que propuso, en su ensayo de 1950 *Ciencia del derecho y análisis del lenguaje*, aplicar como método el análisis del lenguaje –y aplicarlo precisamente a esa variedad específica que es el lenguaje del legislador– lo mismo para la interpretación operativa del derecho que para la

elaboración dogmática de la ciencia jurídica. Y no sólo esto. También fue el primero en introducir en la cultura italiana, aún bajo la hegemonía del idealismo crociano, la filosofía analítica, el neopositivismo lógico, la filosofía de la ciencia y el análisis del lenguaje.

A este respecto, el ensayo de Bobbio de 1950 constituye un manifiesto teórico y programático. Marca el nacimiento, no sólo en Italia, de la filosofía iusanalítica que sigue siendo la corriente de pensamiento más relevante de la filosofía del derecho. La importancia de este ensayo y de otros dos trabajos epistemológicos del mismo año –el curso universitario *Teoría de la ciencia jurídica* y el ensayo *Filosofía del derecho y teoría general del derecho*[9]– no radica solamente en la propuesta de emplear en la ciencia jurídica de orientación iuspositivista los instrumentos metodológicos del neopositivismo lógico, de la filosofía de la ciencia y del análisis del lenguaje. Radica principalmente, a mi modo de ver, en que con ello delimitó un espacio autónomo y específico para la teoría del derecho dentro de la ciencia jurídica, así en el plano epistemológico como en el metodológico. Y en haberlo delimitado, una vez más, estableciendo primero una distinción y posteriormente una conexión.

En efecto, el enfoque metodológico analítico permite la distinción no ya sólo entre ciencia del derecho como ciencia empírica y descriptiva y filosofía normativa de la justicia, sino también, dentro del ámbito de la ciencia jurídica, entre teoría general del derecho y disciplinas jurídicas particulares: la primera, concebida como *teoría formal*, no anclada a los contenidos normativos de los ordenamientos particulares sino encaminada a identificar las formas o estructuras de cualquier ordenamiento jurídico positivo; las segundas, identificables con la *dogmática jurídica* de los ordenamientos particulares[10]. En realidad, Bobbio nunca se aplicó a una teorización explícita de los diferentes métodos de formación de los conceptos y de las afirmaciones de la teoría del derecho y de la dogmática jurídica[11]. Pero, según creo, esta diferenciación es fácilmente deducible a partir de la caracterización de la teoría general del derecho como teoría "formal", que se ocupa de los "problemas

---

[9] N. Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Turín, 1950; Íd., *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto* (1950), reeditado en Íd., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Turín, 1955, cap. II, pp. 27-52.

[10] N. Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en "Rivista trimestrale di diritto e procedura civile", 1950, 2, pp. 342-367, actualmente en U. Scarpelli (edición a su cargo), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milán, 1976, pp. 287-324; Íd., *Studi sulla teoria generale del diritto*, op. cit., en particular los capítulos I, II y VII. Véanse, para esta distinción, las observaciones de P. Borsellino, *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Giuffrè, Milán, 1991, cap. II.

[11] P. Borsellino, *Norberto Bobbio*, op. cit., pp. 38 y ss.

concernientes a la estructura normativa del derecho", y de la dogmática jurídica como el conjunto de las "disciplinas particulares que estudian el variado contenido de las normas"[12] de un ordenamiento dado, sobre la base de interpretar los enunciados lingüísticos en que éstas están formuladas.

A la teoría del derecho le conviene por tanto el *método convencionalista* de construcción de conceptos como 'norma', 'ordenamiento', 'obligación', 'prohibición', 'derecho subjetivo', 'validez', 'eficacia' y similares, cuyo significado no está dictado por normas de derecho positivo, sino establecido por el teórico mediante definiciones estipulativas dentro de un sistema teórico que está dotado, conjuntamente, de una sintaxis –esto es, de una coherencia asegurada por el empleo de la lógica formal– y de una semántica –esto es, con alcance empírico y con capacidad para explicar no ya éste o aquel ordenamiento, sino la estructura de los diversos ordenamientos, independientemente de cuáles sean sus contenidos–. A la dogmática jurídica de las disciplinas jurídicas particulares y a la interpretación judicial le convienen en cambio –para la redefinición y para la utilización de conceptos como 'mutuo', 'compraventa', 'hurto', 'estafa' y similares, cuyo significado está dictado directamente por normas del derecho positivo– los métodos del *análisis del lenguaje*[13].

Así es como Bobbio propone, y en parte dirige –con sus cursos monográficos de los años cincuenta y sesenta, *Teoría de la norma jurídica* de 1958, *Teoría del ordenamiento jurídico* de 1960, *El positivismo jurídico* de 1961, y más tarde con las recopilaciones de escritos *Estudios sobre la teoría general del derecho* de 1995 y *Estudios para una teoría general del derecho* de 1970– la refundación epistemológica de la teoría del derecho. La cuestión que le había dado pie para el ensayo de 1950 era la *vexata quaestio* de la cientificidad de la jurisprudencia. Bobbio busca una solución recurriendo a las dos componentes del empirismo lógico: la componente lógica propia del neopositivismo lógico, que viene asegurada en la ciencia jurídica en virtud del carácter formal y tendencialmente formalizable propio de la teoría general, y la otra componente empírica, asegurada a su vez por el análisis del

---

[12] N. Bobbio, *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto* (1949), en Íd., *Studi sulla teoria generale del diritto*, op. cit., cap. I, p. 5.

[13] He ilustrado estas diferencias de estatuto y método entre teoría del derecho y dogmática jurídica –la una perteneciente al nivel teórico, la otra al nivel observativo pragmático, empírico de la ciencia jurídica en *La semantica della teoria del diritto*, en *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, edición a cargo de U. Scarpelli, Edizioni di Comunità, Milán, 1983, pp. 81-130; *La formazione e l'uso dei concetti nella scienza giuridica e nell'applicazione della legge*, en "Materiali per una storia della cultura giuridica", 1985, 2, pp. 401-422; *La pragmatica della teoria del diritto*, en *Analisi e diritto 2002-2003*, edición a cargo de P. Comanducci y R. Guastini, Giappichelli, Turín, 2004, pp. 351-375.

lenguaje legal y reclamada en la disciplinas jurídicas particulares en virtud de la opción por el positivismo jurídico dado el reconocimiento del carácter lingüístico del universo del discurso del jurista positivo. Es sobre esta base como Bobbio promueve la refundación de la ciencia jurídica: teoría formal del derecho de base convencionalista sobre el modelo kelseniano por un lado; análisis del lenguaje para la dogmática jurídica y para la aplicación de la ley, por otro. Y crea el espacio metodológico de la teoría como espacio distinto del de la dogmática jurídica: conceptos como norma, ordenamiento, validez, derecho subjetivo y similares, repito, pertenecen a la teoría porque son fruto de definiciones convencionales, y ya no a la dogmática jurídica; son conceptos anclados al dictado legislativo y, por lo tanto, elaborados mediante redefiniciones léxicas fruto del análisis del lenguaje legal objeto de interpretación y de explicación.

Lamentablemente el encuentro con la ciencia jurídica no se produjo sino en una mínima parte. Hemos sido en bastante mayor medida nosotros, los filósofos y teóricos del derecho formados en la escuela de Bobbio, quienes hemos hecho ciencia jurídica con los instrumentos del análisis del lenguaje –pienso en los trabajos de Tarello sobre derecho civil y sobre derecho del trabajo, en los de Guastini sobre derecho constitucional, en los trabajos en materia de derecho penal– pero no así los juristas; éstos, salvo escasas excepciones, nos han ignorado y nos ignoran todavía hoy, cuando más que nunca debería ser útil y fecunda –en tiempos como los actuales, de crisis de la legalidad y del sistema de las fuentes– la refundación metodológica de la ciencia jurídica.

Pero en definitiva el encuentro fracasó. Lo impidió la milenaria tradición de la ciencia jurídica, atestiguada por esa celosa defensa de su "autonomía" de la cual hablé al principio, víctima ella misma de una cierta arrogancia de los juristas, contrarios a que los filósofos del derecho les den lecciones de epistemología y de metodología. Y lo impidió por otra parte, conforme ocurre siempre en momentos de crisis, una especie de repliegue escolástico, académico, de la filosofía jurídica analítica, que harto a menudo se ha inhibido de enfrentarse con los juristas en la reflexión –fin en sí misma, a veces– sobre problemas de lógica deóntica, de metodología y de metateoría.

5. Bobbio, filósofo político. El debate abierto por Bobbio sobre el marxismo

Pues bien, el encuentro de la teoría del derecho que no se ha producido, en la cultura jurídica, con las disciplinas jurídicas dogmáticas, sí se ha producido en cambio con la filosofía política. Ya he hablado del valor filosófico-político –a un mismo tiempo liberal y utilitarista– de la separación entre derecho y moral, vale decir entre derecho y justicia. Esta separación cons-

tituye la base de la laicidad de las instituciones políticas, de los límites que las libertades individuales imponen a éstas, de su carácter de instrumentos –gracias, justamente, a su forma jurídica– para fines externos a ellas y precisamente para la tutela de los derechos fundamentales. Y ofrece el primer y elemental fundamento de la filosofía política bobbiana.

Por lo demás, Bobbio también introduce en la filosofía política un estilo nuevo: el método del análisis del lenguaje y de las clarificaciones y distinciones conceptuales que ya había aplicado a la teoría del derecho. Es mediante este método –el análisis de los conceptos comunes a la teoría del derecho y a la teoría política– como lleva a cabo la mediación entre las dos disciplinas. Esta mediación, a su vez, se ve favorecida por otro aspecto original de la obra de Bobbio: el uso teórico (como Michelangelo Bovero ha puesto bien de manifiesto) que aquél hace de las categorías de los clásicos de la filosofía política, desde Hobbes a Locke, de Montesquieu a Rousseau y a Kant[14]. Bobbio hace uso de los textos de los clásicos, que ciertamente no conocían las particiones académicas, como piezas de teoría jurídica y conjuntamente de teoría política: estoy pensando en los conceptos, comunes a las dos disciplinas, de libertad, de poder, de igualdad, de autoridad, de derechos, de persona, de paz, de guerra, de violencia, de Estado, de separación de los poderes y de Estado de derecho.

Sobre esta base se produce el momento quizá más interesante del encuentro –o acaso debería decir del desencuentro– entre teoría del derecho y filosofía política: a través de la crítica que Bobbio promovió contra la carencia de cultura jurídica y contra el vacío de teoría del derecho que caracterizaban a la filosofía política dominante en la Italia de los años setenta: el marxismo. Me refiero a la polémica de 1976 sobre la democracia –introducida por el ensayo *¿Existe una doctrina marxista del Estado?* y después con *¿Qué alternativas a la democracia representativa?*[15]– que se liga idealmente a otra polémica, la que sostuvo veinte años atrás sobre la libertad con Galva-

---

[14] M. Bovero, *Introduzione*, op. cit., pp. XXIII-XXXIII.

[15] Los dos artículos aparecieron en "Mondoperaio", en los números 8-9, pp. 31-34, y 10, pp. 40-47, de 1975, respectivamente. Los siguió un amplio debate, con intervenciones de Massimo Boffa, Umberto Cerroni, Furio Diaz, Valentino Gerratana, Roberto Guiducci, Pietro Ingrao, Aurelio Macchioro, Achille Occhetto, Giorgio Ruffolo, Domenico Settembrini, Claudio Signorile y Giuseppe Vacca y la respuesta de N. Bobbio, *Quale socialismo?* en "Mondoperaio", nº 5 de 1976 (pp. 55-62). Todo el debate fue publicado más tarde en *Il marxismo e lo Stato. Il dibattito aperto nella sinistra italiana sulle tesi di Norberto Bobbio*, Quaderni di Mondoperaio, nº 4, Roma, 1976. Los tres ensayos de Bobbio, junto con uno anterior, *Democrazia socialista*, de 1973, y un quinto ensayo posterior, *Perchè democrazia?*, de 1976, fueron además recogidos en N. Bobbio, *Quale socialismo? Discussione di un'alternativa*, Einaudi, Turín, 1976.

no della Volpe[16]. En ambos casos la confrontación no se produce sólo entre enfoque liberal-democrático y enfoque marxista. Es una confrontación, principalmente, entre enfoque analítico y enfoque, digámoslo así, sintético; entre enfoque lógico-empírico y enfoque metafísico.

¿Existe una teoría marxista del Estado? Es la pregunta provocadora de Bobbio con la que se abre la polémica. La pregunta es provocadoramente retórica porque golpea en el corazón de una larga, secular tradición filosófico-política, que atestó las bibliotecas de millares de libros y revistas sin por ello haber producido otra cosa que una ingente literatura sobre los escasos escritos políticos de Marx y sobre *El Estado y la revolución* de Lenin. Efectivamente, no existe una teoría marxista del Estado, así como no existe una teoría marxista del derecho. Existe, eso sí –dice Bobbio– además de una infinidad de ensayos, debates y enfrentamientos –principalmente a base de citas de Marx y de Lenin y por tanto de invocaciones al principio de autoridad– una teoría de la extinción tanto del derecho como del Estado, es decir una suerte de profecía, una previsión, una expectativa palingenésica de un futuro hipotético[17]. Y, lo que es más grave, esta prospectiva no solamente es un factor de legitimación vacía y de escamoteo de los problemas con la mirada puesta en un futuro utópico, sino que también comporta la consagración –igualmente para el futuro– del que ha sido el mayor error teórico y estratégico del comunismo real: la devaluación del derecho como conjunto de reglas, límites y controles impuestos al poder político, y por ende la confianza en un poder bueno que estaría destinado a triunfar junto con la victoria del sujeto revolucionario. Bobbio pone al descubierto la ausencia del derecho en la entera cultura filosófico-política de la izquierda: una carencia a la que el marxismo no sólo no es extraño, sino de la cual ha sido sin duda un artífice al haber teorizado precisamente la irrelevancia, cuando no el desprecio por el derecho.

Este debate inaugura oficialmente, en Italia, la crisis del marxismo. De pronto Bobbio nos hace descubrir el vacío de teoría del derecho que siempre ha caracterizado al marxismo político: hace patente que no existe una teoría marxista del Estado porque no existe una teoría marxista del derecho, es decir de las reglas que deberían regular y garantizar una democracia socialista. De golpe nos damos cuenta de que este vacío invalida toda la teoría marxista del socialismo y es responsable del fracaso histórico de todos los comunis-

[16] El debate lo había abierto también en esta ocasión un ensayo de N. Bobbio, *Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri*, en "Nuovi argomenti", 1954, 11, pp. 54-86, actualmente en *Politica e cultura*, Einaudi, Turín, 1955, XI, pp. 160-194.

[17] La misma tesis había sido sostenida el año anterior por D. Zolo, *La teoria comunista dell'estinzione dello Stato*, De Donato, Bari, 1974.

mos reales; de que la doctrina política marxista-leninista de la dictadura del proletariado no es sino la enésima versión de la opción en favor del gobierno de los hombres (supuestamente buenos, e infaliblemente malos) en alternativa al gobierno de las leyes; de que la utopía comunista se ha convertido así, según ha escrito Bobbio, en "la utopía al revés"[18]. Es una crisis radical, que no tiene precedentes en la historia del marxismo: bibliotecas enteras de teoría política marxista quedaron inservibles de un plumazo.

6. Cuatro nexos teóricos: democracia y derecho, derecho y razón, razón y paz, paz y derechos humanos

En definitiva –podemos bien afirmar– es justamente el divorcio entre teoría del derecho y teoría política –la idea de un derecho sin política y su opuesta de una política sin derecho– la que, como señala Bobbio, es responsable del aislamiento filosófico de la cultura jurídica y de la involución autoritaria de la teoría política. Contra este divorcio, creo yo, Bobbio instituye, mediante su labor de teórico y filósofo del derecho, lo mismo que mediante la de teórico y filósofo de la política, cuatro nexos racionales, teóricos y prácticos, que vinculan entre sí, de manera circular, los dos acercamientos disciplinarios para los temas y problemas comunes: entre democracia y derecho, entre derecho y razón, entre razón y paz, entre paz y derecho y –de modo más específico– entre paz y derechos humanos.

En primer lugar, el nexo racional entre democracia y derecho. Bobbio nunca pensó que el derecho y las instituciones sean valores intrínsecos, fines en sí mismos. Como teórico del derecho –según hemos visto– él es un convencido defensor del positivismo jurídico y de la separación entre derecho y moral; en otras palabras, entre derecho y justicia. El derecho positivo, nos enseñó, no implica la justicia ni menos aún la democracia, pudiendo, antes bien, ser sumamente injusto, antiliberal y antidemocrático. No obstante, según Bobbio, la no implicación inversa ya no es válida. Puede haber, obviamente, derecho sin democracia, pero no puede haber democracia sin derecho. Por cuanto la democracia es un conjunto de reglas –las "reglas del juego" democrático, como ya se ha recordado– y consiguientemente de normas jurídicas: no cualquier regla, sino las reglas constitucionales que aseguran el poder de la mayoría y, a la vez, los límites y las ataduras que a éste se le imponen a fin de garantizar la paz, la igualdad y los derechos humanos. Por eso Bobbio siempre ha estado mal visto por la derecha y más que nunca por la actual derecha gobernante, que del desprecio a las reglas y de la eliminación de límites y ataduras para el poder –para los poderes eco-

[18] *L'utopia capovolta*, Editrice La Stampa, Turín, 1990. El título está tomado de un artículo de Bobbio en "La Stampa" del 9 de junio de 1989.

nómicos del mercado tanto como para el poder político de la mayoría– ha hecho bandera ideológica.

El segundo nexo instituido por Bobbio es entre derecho y razón. Si la democracia es también una construcción jurídica, al ser el derecho el instrumento necesario para modelar y garantizar las instituciones democráticas, es aún más cierto, según Bobbio, que el derecho es una construcción racional, al ser la razón el instrumento necesario para proyectar y elaborar el derecho. Hay un pasaje bellísimo de Bobbio, en la *Introducción* del 48 al *De Cive* de Hobbes, que expresa este nexo de la manera más límpida: "la filosofía civil, como la geometría", escribe Bobbio a propósito de Hobbes, "dirige el propio conocimiento hacia un objeto que nosotros mismos producimos". Y "¿en qué sentido puede decirse que nosotros producimos el objeto de la filosofía civil o, con las propias palabras de Hobbes, formamos el Estado? El Estado, responde Hobbes, no es por naturaleza, sino por convención. Precisamente porque satisface una exigencia elemental del hombre, son los hombres mismos quienes lo quieren y le dan vida mediante un acuerdo recíproco"[19]. Y es por esto por lo que los hombres lo quieren y, más aún, lo piensan y lo proyectan con sus teorías jurídicas y políticas.

La tercera enseñanza de Bobbio se refiere al nexo entre razón y paz. También la paz, escribe Bobbio tras la tragedia de la Segunda Guerra Mundial, es, al igual que el derecho, una construcción artificial: "mientras la guerra", escribía al comentar el pesimismo hobessiano, "es el producto de una inclinación natural, la paz es un dictamen de la recta razón, de aquella facultad que permite al hombre extraer ciertas consecuencias de ciertas premisas y llegar hasta los principios partiendo de ciertos datos de hecho"[20]. Y el llamado "estado de naturaleza", añade, no es en absoluto un estado imaginario, una hipótesis teórica o filosófica, sino el estado del mundo contemporáneo, el de la ley salvaje del más fuerte y de la guerra infinita, la salida del cual "es el producto de los hombres mismos, y más exactamente de la voluntad de los hombres en cuanto seres racionales; o si se quiere de la voluntad racional del hombre"[21]. Lo mismo de la paz como del derecho y de la democracia, a todos nos alcanza la responsabilidad: como filósofos, como juristas, como ciudadanos.

Pero ¿cómo se construye y se garantiza la paz? Se construye, responde Bobbio, poniendo en acción el cuarto nexo que hemos recordado aquí: a

[19] N. Bobbio, *Introduzione* a T. Hobbes, *Opere politiche*, a cargo de N. Bobbio, I, Utet, Turín, 1959, pp.23-24.

[20] Ibid., p. 24.

[21] Ibid., p. 25.

través del derecho, cuyo "fin exclusivo" es la paz[22] y precisamente garantizando los derechos humanos –el derecho a la vida, las libertades fundamentales, los derechos sociales a la supervivencia– cuyas violaciones en todo el mundo son la causa principal de la violencia, de las guerras, del terrorismo. Es una advertencia en absoluto utópica, sino lúcidamente realista y hoy más que nunca actual, que Bobbio repetía recordándonos las palabras con las que el preámbulo de la Declaración universal de los derechos humanos identifica en la tutela de los derechos humanos "el fundamento de la paz en el mundo" y el único camino que se habrá de seguir "si se quiere evitar que el hombre se vea obligado a recurrir a la rebelión como última instancia contra opresión y la tiranía".

7. Una filosofía militante

Éstos son, creo yo, los cuatro nexos que constituyen la enseñanza más valiosa de Norberto Bobbio y al mismo tiempo la razón principal de su fuerte atractivo y del extraordinario papel civil y político, y no solamente cultural, que desempeñó durante más de medio siglo en la afirmación y en la defensa de los valores de la libertad, de la justicia y de la democracia. Una enseñanza tanto más fundamental cuanto que precisamente en el pasado siglo la idea de un socialismo sin derecho representó la gran ilusión a cuya responsabilidad se debió el fracaso de aquella gran esperanza de la humanidad que fue el comunismo real.

Hoy, tras el colapso del socialismo real, aquella ilusión vuelve a proponerse otra vez como ilusión de una democracia sin derecho, es decir, de una política y un mercado sin reglas, dominados por poderes políticos y económicos que no toleran límites ni controles. Pues ¿qué otra cosa significan el ataque actual a la Constitución en Italia, las agresiones a la magistratura, y la idea –en relación con el área del gobierno, pero no sólo– de la omnipotencia de la mayoría, sino un retorno a la opción por el gobierno de los hombres contra el gobierno de las leyes? ¿Qué otra cosa es la actual globalización de los mercados sino la ausencia de un derecho público internacional capaz de

[22] N. Bobbio, *Formalismo giuridico e formalismo etico* (1954), en *Studi sulla teoria generale del diritto*, op. cit., 2, pp. 147-148. "Entiendo por 'paz'", añade Bobbio, "la antítesis de la 'guerra'. Decir que la finalidad del derecho es la *paz* significa que el derecho tiende a sustituir un estado de guerra por uno de paz. Entre los hombres que viven juntos surgen conflictos de diversa naturaleza. Paz y guerra (representando la antítesis tal como se la discute en el discurso jurídico) son dos modos diferentes de resolver los conflictos sociales: la guerra, mediante la *fuerza* de los contendientes mismos; la paz, mediante el *compromiso* entre las partes y la atribución de la *fuerza* a persona distinta de las partes. Antes que un modo de eliminar los conflictos sociales, la paz jurídica es un modo de resolverlos cuando surgen... La concepción del derecho como paz implica una consideración predominantemente *procedimental*, y no sustancial, del derecho".

limitar los grandes poderes económicos transnacionales? Y ¿qué otra cosa quiere decir la pretensión de exportar la democracia mediante la guerra con desprecio de la legalidad internacional, sino el volver a proponer una vez más la ilusión de una democracia sin –o peor aún– contra el derecho? Por ello las enseñanzas de Bobbio son hoy más actuales que nunca: porque nos hablan, ante todo, de la crisis de nuestras democracias que, a causa de la crisis del derecho y de su capacidad para regular y limitar los grandes poderes, corren el riesgo de verse vaciadas de contenido, degradadas y, tal vez incluso, destruidas.

Es en estas enseñanzas en lo que consiste el neoilustracionismo de la filosofía jurídica y política de Norberto Bobbio y de su escuela. El neoilustracionismo bobbiano consistió, esencialmente, en haber vuelto a proponer estos nexos –entre derecho y política, entre razón jurídica y razón política, entre teoría del derecho y teoría de la democracia– que se habían perdido tanto en la ciencia jurídica como en la filosofía política de orientación idealista y marxista. Él nos enseñó que el derecho es un producto de los hombres y por tanto de la política, no de otro modo que la democracia y la paz, que están modeladas y garantizadas por el derecho. Éste no es nunca una entidad natural, sino antes bien un artificio elaborado por nuestra razón y por nuestras teorías. Y es por eso por lo que nosotros lo interpretamos, lo defendemos y, sobre todo, lo proyectamos, lo construimos y lo transformamos. Y la responsabilidad de ello nos atañe a todos, como ciudadanos pero también como juristas y como filósofos.

De aquí un último nexo, no teórico ni metateórico, sino práctico, no tematizado de forma explícita pero, ciertamente, testimoniado de manera ejemplar por el entero itinerario intelectual y existencial de Norberto Bobbio: el nexo entre política y cultura que constituye el objeto de su clásica recopilación de ensayos *Política y cultura*, y, más en general, entre labor científica, rigor analítico y pasión civil. Bobbio –el teórico Bobbio, el metodólogo Bobbio, que siempre defendió la validez de la teoría del derecho y de la teoría política– nos enseñó que nuestros estudios no son estudios meramente académicos. Y nos mostró con su vida entera de estudioso, que su filosofía, por tomar nuevamente el título de otro de sus libros dedicado a Carlo Cattaneo, fue una "filosofía militante"[23].

Por eso quiero concluir evocando esta enseñanza tal como él la expresó en dos de sus pasajes más hermosos, que muchos de nosotros conocemos casi de memoria. El primero está extraído de *Política y cultura* y se remonta a la primera polémica con los comunistas, hace casi medio siglo: "Si no hubiéramos aprendido del marxismo a ver la historia desde el punto de vista de los oprimi-

[23] N: Bobbio, *Una filosofia militante. Studi su Carlo Cattaneo*, Einaudi, Turín, 1971.

dos, conquistando una nueva e inmensa perspectiva sobre el mundo humano, no nos hubiéramos salvado: o habríamos buscado refugio en la isla de nuestra interioridad privada o nos habríamos puesto al servicio de los viejos amos. Pero de entre aquéllos que se salvaron, sólo algunos trajeron a salvo con ellos un pequeño bagaje en el que antes de arrojarse al mar habían depositado, para custodiarlos, los más sanos frutos de la tradición intelectual europea: la inquietud de la búsqueda, el aguijón de la duda, la voluntad de diálogo, el espíritu crítico, la mesura en el juzgar, el escrúpulo filológico, el sentido de la complejidad de las cosas"[24].

El segundo pasaje es más reciente, de 1989: "El progreso humano", escribe Bobbio citando a Kant, "no es necesario. Es únicamente posible". Pero éste también depende, añade, de nuestra "confianza en la virtud y en la fuerza del impulso moral" y de que renunciemos a dar por sentadas "la inmovilidad y la monótona repetitividad de la historia". "Respecto a las grandes aspiraciones del hombre" formuladas en las numerosas cartas y declaraciones de derechos, advierte, "ya llevamos demasiado retraso. Tratemos de no hacerlo mayor con nuestra desconfianza, con nuestra indolencia, con nuestro escepticismo. No tenemos tiempo que perder. La historia, como siempre, mantiene su ambigüedad avanzando hacia dos direcciones opuestas: hacia la paz o hacia la guerra, hacia la libertad o hacia la opresión. El camino de la paz y de la libertad pasa, sin duda, por el reconocimiento y la protección de los derechos del hombre... No se me oculta que el camino es difícil. Pero no hay alternativas"[25].

No tenemos tiempo que perder, nos dice, pues, Bobbio, invitándonos a que confiemos en la fuerza del impulso moral y de la razón. Son palabras que pueden parecer en contradicción con el pesimismo de Bobbio, que

---

[24] N. Bobbio, *Libertà e potere* (1955), en *Politica e cultura*, op. cit., p. 281.

[25] N. Bobbio, *Dalla priorità dei doveri alla priorità dei diritti* (1989), actualmente en Id., *Teoria generale della política*, edición de Michelangelo Bovero, Einaudi, Turín, 1999, pp. 439-440. Recuérdese el pasaje de Kant acerca del optimismo metodológico como deber moral: sin "esta esperanza de tiempos mejores... el deseo serio de hacer algo útil para el bien general nunca habría estimulado el corazón humano... En el triste espectáculo, no tanto de los males que afligen a la humanidad por causas naturales como más bien de aquellos que los hombres se infligen entre sí, el ánimo se serena con el pensamiento de un porvenir mejor, y es éste un sentimiento desinteresado, pues desde mucho tiempo atrás nosotros estaremos en la tumba y no recogeremos los frutos que en parte hemos sembrado. Las demostraciones empíricas de la imposibilidad de realizar estos deseos basados en la esperanza no prueban nada. De hecho, al igual que decir que como algo no ha sucedido hasta ahora no sucederá nunca no sirve de justificación para abandonar un proyecto pragmático o técnico (por ejemplo el de los viajes aéreos en globos aerostáticos), mucho menos justifica el abandono de un objetivo moral, que se convierte en un deber, si no se demuestra la imposibilidad de alcanzarlo" (I. Kant, *Sopra il detto comune: 'Questo può essere giusto in teoria ma non vale nella pratica'*, (1793), en *Scritti politici e di filosofia della storia e del diritto*, tr. it. de G. Solari, Utet, Turín, 1965, pp. 276-277).

siempre nos ha recordado la "contradicción dramática" entre esa "revolución permanente" que es el progreso técnico-científico y nuestro persistente "analfabetismo moral"[26]. Ciertamente, frente a la crisis que están atravesando, no sólo en Italia, el Estado de derecho y la democracia y frente al recurso a la guerra con el que las potencias occidentales se hacen la ilusión de poder gobernar el mundo, no podemos abrigar certeza alguna acerca de nuestro futuro. No podemos saber, tal como Bobbio nos advierte en la *Despedida* con la que concluye su *Autobiografía* "en qué dirección esté destinada a dirigirse la historia humana[27]: si hacia un aumento de la desigualdad, de la pobreza, de la marginación, de la opresión y de la apatía política, o si hacia formas de democracia internacional cuya base sea la garantía de la paz y de los derechos humanos por parte de los Estados y de los numerosos poderes viejos y nuevos". Pero Bobbio nos enseñó que en la construcción de la democracia y la paz no existen alternativas al derecho; que en la construcción del derecho no existen alternativas a la razón; que esta razón, en fin, es esencialmente la razón y "el punto de vista de los oprimidos", titulares de tantos derechos prometidos e incumplidos, y por ello el punto de vista que es nuestro deber asumir, como estudiosos y como ciudadanos, si tenemos en el corazón el futuro de la paz y de la democracia.

(Trad. de Luisa Juanatey)

[26] N. Bobbio, *Autobiografia*, edición a cargo de A. Papuzzi, Laterza, Roma-Bari, 1977, pp. 258 y 260.

[27] Ibíd., p. 257.

NORBERTO BOBBIO: LA RESPONSABILIDAD DEL INTELECTUAL

Elías Díaz
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. En este artículo se estudia la visión teórica del intelectual en el pensamiento de Norberto Bobbio. En este pensamiento se distingue el *modelo de intelectual*, caracterizado por la duda (metódica), la razón (crítica) y el diálogo (libre y público), del *intelectual real*, caracterizado por su labor de suministrar criterios-guía orientados a repercutir en la realidad social. Bobbio reivindica, sin dogmatismos, la dimensión normativa de la noción de intelectual: la tarea específica del mismo será la de prescribir valores.

ABSTRACT. In this article the theoretical vision of the intellectual in Norberto Bobbio´s thinking is studied. He makes a distinction between the *model intellectual*, who is characterized by doubt (methodical), reason (critical) and dialogue (free and public), and the *real intellectual*, characterized by the function he carries out of providing guiding-criteria, which are aimed at having an impact on social reality. Bobbio defends, without dogmatism, the normative dimension of the concept of the intellectual: their specific function is that of establishing values.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 28 (2005) ISSN: 0214-8676 pp. 37-49

Norberto Bobbio –aquí le estamos recordando por ello– es un muy eximio, agudo e influyente filósofo del derecho e igualmente filósofo de la política: a mi juicio, en ambas zonas, uno de los más destacados de todo el siglo XX. Pero a la vez, o mejor dicho unido en profundidad a ello, los caracteres de su obra y de su vida concuerdan siempre con las que son propias de alguien a quien puede y debe identificarse como un intelectual. Y él mismo se consideró siempre así. En cuanto tal, en ese su autorreflexivo ámbito, de puesta en cuestión de su tarea especulativa, de su "autoconciencia" sobre el sentido social de su labor filosófica (a diferencia del filósofo "académico"), es en el que de modo preferente va a ser considerado ahora en estas breves notas mías. Sirvan al menos de modesta contribución a ese estudio más de fondo sobre su visión teórica de la tarea del intelectual que –en la *laudatio* para el Doctorado *Honoris Causa* del maestro turinés por la Universidad Autónoma de Madrid (*Bobbio, los intelectuales y la política*)– Alfonso Ruiz Miguel demandaba como necesario y, sin embargo, ausente junto a las otras investigaciones sobre las principales dimensiones del pensamiento de aquél[1].

1.– En cuanto propuesta prescriptiva y optativa recordemos que Bobbio siempre ha preferido hablar, también respecto de sí mismo, en términos de intelectual responsable y no tanto de intelectual comprometido. La responsabilidad le parece, quizás con razón, un concepto con mayores implicaciones morales que el de compromiso –vocablo, no obstante, también utilizado por él y ambos situados en el mismo mundo de valores sociales–, entendido por lo general este último en forma de adhesiones políticas más estrictas y restrictivas. El intelectual es –se le exige ser– hombre de principios, de creencia en las convicciones pero también –por resituarlo en la dicotomía weberiana, reasumiendo a Kant y a Mill– es, a la vez, de manera muy especial, hombre de responsabilidades (ante si mismo y ante los demás), es decir de preocupación por los resultados y las consecuencias de sus propuestas. El intelectual no es, ni debe ser, un irresponsable; como tampoco, se añadirá, el político carece sin más de principios de (buenas o malas) convicciones.

[1] Este texto de Alfonso Ruiz Miguel se ha publicado solamente en su traducción italiana (de Giuseppe Lorini) en la obra colectiva preparada por Luigi Ferrajoli y Paolo di Lucia, *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, Turín, Giappichelli Editore, 1999; cfr. aquí, entre otras, pp. 257-258. En su libro *Norberto Bobbio: Un hombre fiero y justo* (Fondo de cultura Económica, Santiago de Chile, 2005) el profesor Agustín Squella resalta (p. 17) el testimonio, con un cierto embarazo, de aquél: "mi auténtica profesión ha sido la de un intelectual".

Bobbio advertirá, sin embargo, que el nexo entre principios, (o fines) propugnados y sus derivaciones y conclusiones fácticas no es siempre absolutamente claro, univoco y directo. No existe en todos los casos, ni siquiera en la mayoría de ellos, una forma de causalidad inmediata y mecánica sino más bien mediada y mutada por diferentes factores que, a lo largo del proceso, operan en mutua interrelación plural (dialéctica, diría el propio Bobbio de acuerdo con alguna de sus acepciones de ésta). Entre una concepción del mundo y las transformaciones de la sociedad en una u otra dirección –escribe aquél– se producen no pocas mediaciones: así, las introducidas por los seguidores de tal concepción, por sus diversas interpretaciones en las plurales escuelas o movimientos que de ahí puedan derivar, por las circunstancias de tiempo y de lugar, por la mayor o menor madurez de ellas, por los propios destinatarios del mensaje, etc. etc. No hay una sola respuesta cierta y segura en esa determinación de los resultados y responsabilidades respecto de los principios y las convicciones, señala Bobbio.

En esa difícil complejidad que caracteriza toda realidad histórica y social, la función muy propia del intelectual –tanto para poder comprender como para intentar transformar– es (debe ser, plano prescriptivo) la de trabajar como mediador, tanto en la conformación y delimitación de principios como entre todas esas instancias reales y propuestas interpretativas. Bobbio dirá de sí mismo no haber nunca renunciado al tipo ideal del "intelectual mediador", cuyo método de acción es el diálogo racional, donde los interlocutores discuten presentando argumentos razonados y cuya virtud esencial es la tolerancia. En él, mediación y mediador no significan para nada situarse fuera o por encima del problema, del conflicto (*au dessus de la mêlée*); no son mero eclecticismo o pacificación a cualquier precio, ni –asunto decisivo– exacta adiáfora equidistancia entre no importa que tipo de doctrina u opinión, sino –según sus propias palabras–, comprensión de las razones del otro, búsqueda de los puntos que unen más que de los que separan.

En todos sus escritos sobre estas cuestiones, y en sus actitudes prácticas a lo largo de toda su vida, Bobbio ha pretendido y logrado evitar respectivamente la evasión y la reducción de la función del intelectual que se concreta en esos dos bien conocidos y, a su vez, opuestos modelos también denominados como intelectual apolítico y como intelectual orgánico. Resume así, en términos tanto descriptivos como prescriptivos, las tres posiciones posibles del intelectual ante la sociedad en –dice– estas tres fórmulas: "ni de aquí ni de allí; o de aquí o de allí; de aquí y de allí": esta última, es evidente, es la suya. Con otras palabras, la primera posición (ni con unos ni con otros) es la de aquél que tiende siempre a lavarse las manos, a colocarse por encima o fuera del conflicto o, más duramente, a despreocuparse por completo de los problemas que puedan afectar a unos y a otros, es decir a todos

menos a uno mismo: con esa actitud, autoreflexiva en cualquier caso, se sitúa casi en el límite negativo de lo que, ya hemos dicho, sería propiamente un intelectual: esa sería la diferencia con el filósofo puramente "académico". La segunda posición (o con unos o con otros) es la del maniqueo que necesita siempre separar y optar entre quienes coloca irremediablemente o en las filas de los seguidores de la luz o en las filas de los seguidores de las tinieblas: es este en efecto un riesgo también de un cierto tipo de intelectual orgánico, especialmente en regímenes o partidos totalitarios para quienes "todo es política y la política lo es todo". La tercera posición, la del intelectual mediador ("de aquí y de allí") en la que Bobbio se reconoce, implica el diálogo con unos y con otros, la comprensión de sus respectivas razones, aunque no para nada el eclecticismo o la indiferencia o indefinición, que en definitiva llevaría casi a una versión más ilustrada de la primera posición. No, pues, neutralidad (ni con unos, ni con otros) sino casi podría decirse, rememorando a nuestro Miguel de Unamuno, "alterutralidad": es decir, con unos y con otros (pero sin indiferentes equidistancias, advertiría yo, entre por ejemplo dictaduras y democracias), comprendiéndolos y –añadía el buen vasco– uniéndolos, fundiéndolos y hasta confundiéndolos. En más de una ocasión escribí y hablé con Norberto Bobbio (también con Renato Treves) acerca de esa hispano-italiana actitud de correlación entre intelectuales por lo demás tan diferentes.

Ante estos tan nobles y justificados objetivos de comprensión, mediación y argumentación que se propugnan como función del intelectual y de los que Bobbio jamás abjura, su moderado escepticismo (nunca, pues, contradictorio) y su controlado pesimismo (compatible con su iluminismo) introducen siempre la duda en cuanto a las posibilidades reales del cumplimiento de tal tarea y, aún más, sobre la influencia y eficacia social de ella. En el fondo y más radicalmente de lo que se trata es, pues, de la duda como cualidad que mejor identifica –dice– al hombre de razón. Frente a la apuesta fideista de Pascal –la extrema y más desesperada expresión del fideísmo– la duda metódica de Descartes constituye el origen de la ciencia (y la filosofía) moderna. El hombre de razón –señala Bobbio– no apuesta. El hombre de razón, cuando no dispone de pruebas, duda; e, incluso, será legítimo dudar, cuestionar y recelar, de las propias pruebas. *Il dubbio e la scelta*, "la duda y la elección" en su traducción española, es precisamente el título puesto por aquél, en 1993, a la recopilación de todos sus escritos sobre los intelectuales y el poder en la sociedad contemporánea. La duda lleva al diálogo. La primera expresión de "la política de la cultura" –denominación tan bobbiana– es el diálogo. Quien se instala en certezas dogmáticas, cree que puede prescindir del diálogo. En cambio, quien duda sabe que debe

mantener siempre abierta la comunicación con los otros; y sabe que además debe optar, elegir. Con ello empieza en rigor la democracia[2].

La duda (metódica), la razón (crítica), el diálogo (libre y público), incluso por tanto la genérica conclusión democrática, resultan ser así ingredientes que en mayor medida caracterizan al intelectual, tal y como se viene entendiendo este término –no sin variantes significativas– desde la Francia de finales del XIX: desde el *affaire* Dreyfus y el *Manifeste des intellectuels* firmado por ilustres escritores como, entre otros, Emile Zola, Anatole France o Marcel Proust. En líneas generales de ahí –y yendo más allá, de las mejores aportaciones de la Ilustración– derivaría, con las cautelas propias de estos más complejos tiempos, el modelo prescriptivo propuesto y propugnado por Norberto Bobbio (con el cual concuerdo) y, dentro de él, bajo esa forma específica y coherente del "intelectual mediador".

2.– Pero ese modelo ideal, con rasgos incluso utópicos (utopía racional), en cualquier caso modelo prescriptivo –y optativo, añade casi siempre aquél–, no le lleva en modo alguno a negar ese título de intelectual, en su dimensión descriptiva, a quienes no concuerdan con esos caracteres seleccionados en su opción, o con la interpretación que de los mismos allí se pueda haber hecho. Por decirlo de manera más clara y directa, para Bobbio el intelectual no es sólo y exclusivamente, según los términos convencionales, el hombre de ideas progresistas o de izquierdas (como algunos mantienen) sino asimismo aquél que suele ser calificado de conservador o de derechas. Y, en los límites (tesis por algunos muy debatida), también lo serían incluso quienes se pronuncian, hablan y escriben como enemigos de gentes, sociedades, instituciones, partidos o regímenes con idearios democráticos: es decir, quizás más ayer que hoy, escritores o filósofos que, bajo unos u otros alegatos, cuestionan y niegan el ejercicio de la pública (a veces hasta de la privada) libertad, defendiendo uniformes posiciones doctrinales de sentido dictatorial, absolutista o totalitario.

Esta actitud, extensiva y comprensiva, de Norberto Bobbio en cuanto a cuales sean los valores que caben en la descripción sociológica del intelectual, es decir, de cuales son los modos de intelectual realmente existentes, se conecta de modo expreso por él con la tipología reasumida por Theodor

---

[2] Norberto Bobbio, *Il dubbio e la scelta. Intellettuali e potere nella societá contemporanea*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1993; las constantes referencias a su pensamiento en estas páginas mías proceden de esta recopilación (hay, como señalo, traducción española, Barcelona, Editorial Paidós por Carmen Revilla). Tras aquella, me parece que sólo tenemos un único y último artículo de Norberto Bobbio sobre directamente el tema de que aquí se trata: *L'impegno dell'intellettuale ieri e oggi*, publicado en "Rivista di Filosofia", vol. LXXXVIII, nº 1, abril de 1997.

Geiger al diferenciar cuatro posibles actitudes generales del espíritu (de los intelectuales) en relación con el poder: a) primacía del espíritu sobre el poder; b) servidumbre del espíritu al poder; c) mediación entre espíritu y poder; d) crítica del poder. Y lo propio resulta de la establecida por Lewis A. Coser quien reagrupa dicha relación en las cuatro siguientes actitudes de los intelectuales según su posición: a) cuando ellos mismos están en el poder; b) cuando tratan de influir sobre el poder pero quedándose fuera de él; c) cuando aceptan que su tarea prioritaria es legitimar el poder; d) cuando critican y combaten al poder. A ellas añade Bobbio la que aquellos intelectuales que pretenden no tener ninguna relación con el poder. Se trata, como vemos, de una amplia y muy diversa tipología, en graduación teórica y práctica de quienes –aún en esa pluralidad de actitudes– se consideran y se han considerado como intelectuales por, repito, esa su mayor o menor autoreflexión sobre el significado de su trabajo en relación con la sociedad o, más directamente, con la política[3].

En consonancia con ello, Bobbio insiste continuamente en la necesidad –así se está resaltando aquí– de evitar la confusión derivada de la superposición entre el "significado descriptivo neutral del término y sus diversos significados valorativos". Con frecuencia, en efecto, al describir qué y quien sea intelectual se produce –rememoremos a Hume– una introducción subrepticia de una definición persuasiva: o sea, de una definición en la que se ineludiblemente vienen a atribuirse al intelectual –sigue Bobbio– caracteres moralmente positivos como –enumera él– la independencia de juicio, la valentía de las propias opiniones, el amor por la aventura espiritual, el gusto de la paradoja, la audacia de las ideas, el espíritu crítico, la propensión hacia la innovación y otros similares caracteres que –no olvidemos– aquí se reconocen como "moralmente positivos", es decir, adscritos a una personal idea prescriptiva del intelectual. Exigir, restringir por tanto, esos y otros similares rasgos valorativos para la definición descriptiva del intelectual –señala aquél– tendría como consecuencia expulsar de tal categoría a todos aquellos que, aún correspondiéndoles tal título por la función llevada a cabo, es decir por su consideración –incluso negativa– de la realidad social,

[3] Theodor Geiger, *Aufgaben und Stellung der Intelligenz in der Gesellschaft* (1949); Lewis A. Coser, *Men of Ideas* (1965), ambas citadas, como digo, por Bobbio. Añadiré por mi cuenta algunas otras obras que, en pluralidad de interpretaciones, pueden –a mi juicio– resultar de interés para este punto en que estamos pero también para otros de los considerados en estas páginas: Christophe Charle, *Los intelectuales en el siglo XIX. Precursores del pensamiento moderno*, Prólogo de Juan Pablo Fusi, Madrid, Ed. Siglo XXI, 2000; Anthony Phelan, *El dilema de Weimar. Los intelectuales en la República de Weimar*, Valencia, Edicions Alfons el Magnanim, 1990; Paul Johnson, *Intellectuals*, Londres, G. Weidenfeld and Nicolson, 1988; Russell Jacoby, *The last Intellectuals. American Culture in the Age of Academe*, Nueva York, Basic Book Publishers, 1987.

no parezcan poseer esas cualidades imprescindibles a los ojos de quien les juzga con dicha medida. Concluye, por tanto, Bobbio que para un correcto planteamiento del problema en el plano de la descripción resulta oportuno acogerse al término en su uso más neutral, o sea ahora con independencia a esos efectos de cualquier juicio de valor.

Los intelectuales no constituyen una clase homogénea (cuestión que en otros tiempos dio lugar a no pocas polémicas), ni son nunca, salvo en el caso de las sociedades teocráticas, los depositarios de un único cuerpo de doctrina. Así –especifica Bobbio sobre esa pluralidad–, según las ideas que propugnan o por las cuales combaten, aquellos serían progresistas o conservadores, radicales o reaccionarios; según las ideologías que defienden, tendríamos libertarios o autoritarios, liberales o socialistas; según su propia actitud respecto de las ideas mismas que sostienen, les calificaríamos de escépticos o dogmáticos, de laicos o clericales. Ante tal evidencia, la consecuencia es que si se debiese decidir quienes son intelectuales no en base al significado descriptivo del término sino en base al significado valorativo, y por lo tanto se excluyesen recíprocamente los de cada diferente u opuesto grupo y orientación, el resultado sería que la clase lógica de los intelectuales –concluye Bobbio– acabaría por ser una clase vacía.

Mejor que una clase vacía –nadie sería intelectual desde la otra perspectiva– es preferible una clase no llena, sin embargo, de modo amorfo e indiferenciado cualquiera que sea su profesión y dedicación, pero sí compuesta por quienes poseen algo significativo en común para poder considerarse y ser considerados como intelectuales. La amplitud y extensión en aquél a la hora de definir y describir a los intelectuales en su pluralidad de fines y valores, se hace más restrictiva e intensiva cuando se les identifica por su función y profesión. En este sentido continúa sin duda teniendo utilidad, como inicial criterio diversificador, la dicotomía (sin absoluta escisión ni esencialista valoración) entre trabajo intelectual y trabajo manual: ello, por puesto, no afecta ´-pienso– a que, una u otra categoría puedan (y quizás hasta deban) estar abiertas a fructíferas relaciones de conocimiento e intercambio. Y también es cierto que en nuestro tiempo, en las actuales formas de producción, y de organización social, no pocos sectores del tradicional trabajo manual se han ido haciendo cada vez más especializados, necesitados de mayores conocimientos técnicos (casi científicos), en cierto modo –diríamos– más intelectualizados. A ello habría que añadir tantas y tantas profesiones no manuales, sino por ejemplo empresariales, de gestión, burocráticas, de organización y administración o similares, también las denominadas profesiones liberales (todas más o menos en las viejas y nuevas clases medias), a las que sería difícil no reconocer el ejercicio de una actividad cercanas a un “trabajo intelectual”. Y, sin embargo, señala Bobbio,

también sería difícil que a ellas se les incluyera sin más en lo que significa de modo más estricto el sustantivo "intelectual": es decir –de esto estamos tratando– en lo que propiamente pensamos cuando hablamos de los intelectuales o personalmente de un intelectual, en cuanto cuestionamiento de alcance teórico, mayor o menor, sobre las implicaciones sociales de tal o cual profesión u ocupación.

Por ello diferencia siempre aquél a –dice– los que podemos llamar intelectuales en sentido estricto (el concepto de intelectual como sustantivo) de aquellos que ejercen una actividad que –como veíamos– asimismo tal vez cabría en sentido amplio adjetivar de trabajo intelectual: esas dos categorías –dice– no coinciden y sobre todo los problemas que les incumben son profundamente diversos. No coinciden ya que, si es verdad que un intelectual realiza un trabajo no manual, también lo es que no todos los que realizan un trabajo no manual son intelectuales. Lo que en definitiva define/describe para Bobbio la función del intelectual, de todo intelectual, junto a esas otras decisivas tareas básicas de estudio, de conocimiento y de consideración de efectos sociales, es –añade, con carácter genérico, aquél– la de suministrar o proponer criterios-guía, es decir valores, principios, fines, ideales, concepciones del mundo que repercutan de un modo u otro sobre la realidad social. Estos serían los "intelectuales-filósofos", diferenciados pero interrelacionados con los que califica de "intelectuales-técnicos": los primeros son quienes sugieren, para bien o para mal, esos principios-guía, o sea conocimientos de fines (muy diversos e, incluso, opuestos como ya vimos), mientras que los segundos, los expertos, ante todo suministrarían métodos, o sea conocimientos de medios para avanzar hacia tales fines[4].

Un tanto extrañamente y sin mayores explicaciones ni tampoco –creo– implicaciones, Bobbio califica también a los intelectuales-filósofos de "ideólogos" (pero en sentido descriptivo, no en el valorativo-negativo de Marx, referida la ideología a la distorsión del conocimiento, a la deformación de la conciencia). Y así escribirá que los ideólogos son quienes elaboran los principios en base a los cuales una acción se dice racional en cuanto sea conforme con ciertos valores propuestos como fines a conseguir; por su parte, los expertos serían así quienes, presentando los conocimientos más aptos para llegar a un fin, permiten que la acción que se adecua a él pueda calificarse de racional respecto a ese fin. La diferencia entre unos y otros puede ser interpretada –señala Bobbio– mediante la distinción weberiana entre acciones racionales en atención a valores y acciones racionales

[4] Expresamente reenvía Bobbio sobre esta cuestión de fines y medios a las conocidas obras de Raymond Aron, *L'opium des intellectuels* (1955) –para Aron ese opio es el comunismo, recuerda Bobbio– y de G.P. Prandstraller, *L'intellettuale-tecnico e altri saggi* (1972).

en atención a fines. Pero tras la diferenciación viene enseguida, como debe ser y como es habitual en él, la relación ineludible entre ambas dimensiones. Como ocurre siempre, también en estas cuestiones –dirá– la realidad social es más complicada que las categorías que adoptamos para dominarla mentalmente: no hay ideólogo que no pida ayuda coherente a los conocimientos técnicos y no hay experto que no deba tener alguna idea de los fines para dar sentido a sus análisis[5].

3.– Dentro de la complejidad y la fluidez de todo cuanto intenta entender lo que es real (y racional), relativamente claro y firme –espero– todo lo anterior, es decir la no confusión entre una definición descriptiva (qué es y quien es intelectual) y una definición prescriptiva (que debe ser y hacer el intelectual), Norberto Bobbio reivindica siempre como fundamental esta segunda dimensión, es decir la no inhibición de la prescripción. Insistirá desde ahí en que la principal función del intelectual, junto a describir también qué son y qué es lo que ellos hacen, ha de ser sobre todo y de manera muy decisiva la de señalar que es lo que a juicio de cada cual los intelectuales debieran ser y hacer. Describir hechos pero también, más específicamente, prescribir valores: y eso vale para toda su filosofía (jurídica y política). Por supuesto que, para él, tal propuesta y su consiguiente contenido prescriptivo no poseen para nada carácter dogmático, ni es nunca una certidumbre cerrada y acabada. Nada más lejano de Bobbio que un cierto tipo de intelectual (filósofo, científico social, clérigo, periodista o lo que sea) oráculo siempre infalible y absolutamente omnisciente. Por el contrario, su modelo del "intelectual mediador" –ya lo veíamos– se construye siempre sobre la duda, la perplejidad, la comprensión de los otros, la tolerancia, el diálogo y la comunicación. Pero, a su vez, es bien cierto que desde ahí –desde *il dubbio*– Bobbio no renuncia nunca a *la scelta*, la opción, la elección racional y en libertad que ayude para mejor a las decisiones y resoluciones colectivas.

¿Cómo se distingue –pregunta aquél– la civilización de la barbarie, el progreso de la decadencia, los adelantos y las mejoras individuales y colectivas respecto de los retrocesos y las regresiones? Precisamente –se-

[5] Señala Bobbio que la mejor ilustración sobre estas dos figuras de intelectuales está –a su juicio– en dos libros fundamentales: *La trahison des clers* (1927) de Julien Benda y *American Power and the New Mandarins* (1970) de Noam Chomsky. Los intelectuales traidores de que habla Benda los filósofos (ideólogos) del irracionalismo, entre otros los doctrinarios que dieron origen y apoyo a la reaccionaria *Action française* y a sus antidemocráticas y totalitarias derivaciones posteriores; por su parte, como es bien sabido, a quienes ataca duramente Chomsky (los nuevos mandarines) son los llamados "intelectuales-expertos", técnicos, científicos, sociólogos, economistas que a través de su mayor supuesta competencia profesional –dice– contribuyeron fuertemente a la prosecución y agudización entonces de la guerra de Vietnam (hoy podría todo ello trasladarse a la guerra de Irak).

ñala aquél– es aquí donde, entre otras, se situaría la tarea de la cultura y la función del intelectual: elegir los fines y, tras haberlos debatido y elegido, procurar contribuir a orientar la vida social y política de cada tiempo hacia dichos objetivos. En este punto habría que subrayar –me parece importante– que la particular actitud prescriptiva y optativa de Bobbio como intelectual, como hombre de cultura, está firmemente radicada en los propios factores (y valores) básicos que hacen posible, más fiable y segura, la misma vida intelectual, la existencia y subsistencia de la cultura: estudio, razón, pluralidad crítica y libertad para discrepar, diálogo con la comunidad científica etc. Anota así de manera correlativa que a los hombres de cultura les corresponde una tarea eminente en defensa de las condiciones mínimas que permitan la supervivencia y el desarrollo del mundo civil; y, unida a ella, el compromiso/responsabilidad de actuar para la defensa de las condiciones mismas y los postulados básicos de la cultura.

La defensa y fortalecimiento de esas condiciones que permitan la supervivencia y el desarrollo de la misma sociedad civil y de los postulados básicos de la propia cultura –casi imprescindibles para todo intelectual (y para todo ciudadano)– son las que están detrás del proyecto ilustrado autocrítico en el que, en sus caracteres genéricos y más decisivos, yo situaría el pensamiento de Norberto Bobbio. Y ello desde su inicial neo-iluminismo entendido –de acuerdo aquél con la conceptualización hecha por Nicola Abbagnano– como "la filosofía que, a través de los instrumentos cada vez más refinados y eficaces que el progreso de la ciencia pone a disposición de los hombres de acción, guía el pensamiento abstracto hacia el estudio de los problemas muy concretos de la reforma de la sociedad"[6]. Reformismo social y también político, pero hay reformas que sólo consolidan el "sistema" y hay reformas que también ayudan a transformarlo. Desde ahí, la biografía personal e intelectual de Norberto Bobbio, su filosofía política, le conduciría a posiciones sobre las que hay casi general consenso en calificar como muy concordes con un denominado socialismo liberal. O –como yo más bien puntualizaría, entre otras cosas, por su insistencia en la importancia de la igualdad y de la presencia del Estado– más identificadas con lo mejor de la social-democracia y, sin entrar aquí y ahora en mayores diferenciaciones, con el propio socialismo democrático. Se trataría en cualquier caso de una derivación y profundación del mejor liberalismo –"socialista a fuer de libe-

[6] Estas básicas puntualizaciones y las del párrafo anterior están textualmente tomadas de ideas suyas de siempre que Bobbio vuelve a evocar en ese último trabajo suyo sobre los intelectuales (1997, pp. 12 y 14), trabajo ya mencionado aquí antes en la nota segunda.

ral", como se reitera en nuestro país– y no de una "tercera vía" entre aquel y el, entonces, comunismo real[7].

En ese largo y fructífero itinerario me parece de gran interés resaltar para el sentido de esa evolución lo que él mismo escribía en su ensayo sobre *Política y cultura*, de 1962. Hoy –señalaba aquél– estamos en disposición de marcar algunos puntos firmes sobre el curso de la humanidad y, a la vez, sobre las tareas de la cultura en torno a los cuales– afirma con algún exceso de optimismo el pesimista Bobbio– estamos todos de acuerdo. Son tres fundamentalmente: ante todo el universalismo, es decir la comprensión de la humanidad como sociedad universal. Ello le lleva –coherente con lo mejor de la Ilustración– a una cultura que se inspira en valores universales, para nada dogmáticos ni ahistóricos. En segundo lugar –señala aquél– el igualitarismo. "Hay –afirma– en la historia humana una vocación profunda hacia la igualdad, entendida como eliminación o disminución de las distancias entre hombre y hombre, entre clase y clase, entre pueblo y pueblo"; se trata, pues, del descubrimiento de la substancial igualdad entre todos los seres humanos, hacia la cual Bobbio tenía siempre muy especial sensibilidad. Y también –tercer punto firme– el personalismo: anotaré por mi cuenta que me parece bastante mejor esta denominación propuesta por él, dentro de ese contexto (la cual no es exclusiva de culturas católicas, como a veces se reclama), que la del antisocialista individualismo que con tan machacona insistencia se predica y se hace imponer en el mundo actual. Con ese personalismo –dice Bobbio– se indica la tendencia a considerar al ser humano como fin en si mismo y siempre en libertad. La cultura vive y se desenvuelve solamente en libertad; pero –haría observar yo– también puede surgir y luchar contra su negación en situaciones de dictadura y de opresión; una política de la cultura no puede dejar de ser por ello una política para la libertad. No hay –añade aquél– peor enemigo de la cultura que el conformismo, la docilidad hacia los poderosos, la condescendencia con las consignas de la política. Por decirlo –concluye Bobbio– con una fórmula que sirva como resumen: "no hay verdad sin libertad".

Universalismo, igualitarismo, personalismo, cultura de la libertad, democracia, espíritu laico, espíritu crítico, lucha por los derechos humanos son –creo– los fundamentos de la filosofía política (y jurídica) de Norberto

---

[7] Para esa insistencia en la igualdad como rasgo definitorio de las posiciones de la izquierda social y política, véase su libro *Destra e sinistra. Ragioni e significati di una distinzione politica*, Roma, Donzelli Editore, 1994 (Traducción española de Alessandra Picone con Prólogo de Joaquín Estefania, en nueva edición revisada y ampliada con una respuesta a los críticos, Madrid, Taurus, 1995). También los dos trabajos de aquél reunidos, en traducción de Pedro Aragón, en el libro *Igualdad y libertad*, Introducción de Gregorio Peces-Barba, Barcelona, Ediciones Paidós, 1993.

Bobbio[8]. Democracia y libertad que a pesar de las "promesas no cumplidas" por aquella, a pesar de todas las corrupciones, decepciones, insuficiencias e incomprensiones– van a acercarle y mantenerle de por vida, como vengo diciendo, en la estela de los mejores ideales socialistas. No hay lugar aquí y ahora para volver –lo he hecho en otros escritos míos antes citados– a una más detenida exposición de ese su pensamiento político. Sólo querría recordar algunas palabras suyas, no palabras en vano sino muy sentidas, que, creo poder decir, sus amigos y discípulos le escuchábamos con unos u otros matices hasta el final. Las de afirmar, por ejemplo, que la única vía de salvación es el desarrollo de las condiciones de la democracia hacia aquella participación en los bienes económicos (pero también en los inmateriales) por parte de todos y su distribución más igualitaria: de modo que no puedan ya existir ni, por un lado, esos grandes omnipotentes superpoderes ni, por otro, esas situaciones de degradación humana en amplios colectivos, de reducción de muchos de ellos a "subhombres", privados de todos sus derechos y libertades. A esa vía democrática y de control de los bienes es –concluía Bobbio– a lo que llamamos socialismo.

Y este, inescindible de la democracia, es –dirá explícitamente aquél– algo todavía por inventar: frente a la pérdida de credibilidad primero y al hundimiento total, después, del denominado socialismo real, frente a su vez a esa determinista dominación del conservadurismo neoliberal en el mundo actual, el socialismo liberal y democrático se ve por él no como algo ya del pasado sino, más bien, como ineludible tarea para el futuro. Y en esa invención, tomada en serio, en esa plural y abierta construcción, me parece con nuestro amigo y maestro que, junto a todos los ciudadanos, una buena parte

---

[8] Para estas y otras dimensiones de su filosofía política, se facilitará la consulta reenviando por de pronto a dos amplias antologías de aquélla: *Norberto Bobbio: el filósofo y la política*, Estudio preliminar (pp. 13-52) y compilación de José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 1996 (576 pp.); y Norberto Bobbio, *Teoria generale della politica*, edición con introducción (pp. IX-LXX) y muy útil Índice analítico (pp. 649-676) y de nombres, preparada por Michelangelo Bovero, Turín, Einaudi, 1999 (pp. 684). Junto a ellas, entre otros trabajos en español, los contenidos en la obra colectiva *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Edición de Ángel Llamas, Universidad Carlos III y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1994 (resultado del Curso dirigido por Gregorio Peces-Barba en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo de Santander en el verano de 1992); recordaría asimismo los dos artículos sobre Norberto Bobbio recogidos en mi libro *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Madrid, Alianza Editorial, 1994; y los de Alfonso Ruiz Miguel en *Política, Historia y Derecho en Norberto Bobbio*, México, Fontamara, 1994; o la obra de Andrea Greppi, derivada de su excelente tesis doctoral, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, con prólogo del propio Bobbio, Madrid, Marcial Pons Editor, 1998; también finalmente (2005) el libro de Agustín Squella ya mencionado aquí antes en la nota primera. Entre la inabarcable bibliografía italiana y de otros países, mencionaré únicamente entre las últimas publicaciones el colectivo *Bobbio ad uso di amici e nemici*, al cuidado de la revista "Reset" y de Corrado Ocone, postfacio de Giuliano Amato, Venezia, Marsilio Editori, 2003.

del trabajo corresponderá, hoy y siempre, a los intelectuales, a la responsabilidad del intelectual.

Para ese trabajo hay –creo– buena orientación en la filosofía política y jurídica de Norberto Bobbio en la línea de un explícito reconocimiento de la función del Estado y de un adecuado control a través de su formulación como Estado de Derecho. El único monopolio que corresponde al Estado es el monopolio legítimo de la fuerza y siempre será mejor –advierte aquél en esa vía más proclive al socialismo democrático– una sola fuerza pública que tantas fuerzas privadas en confrontación entre sí: y en confrontación con el Estado. En un escrito sobre Norberto Bobbio y el socialismo liberal, Giuliano Amato resalta que en la actualidad el poder político, constreñido, casi aplastado, entre el poder económico y el poder mediático, se expone a sobrevivir sólo y únicamente en cuanto mera derivada de aquellos. Se trata, pues, del poder político y de los otros poderes (económicos, militares, mediáticos, religiosos, etc.), con frecuencia los transnacionales tanto o más poderosos que aquél y, desde luego, infinitamente más que los anónimos y numerosísimos agentes sin poder[9].

Norberto Bobbio siempre estuvo enfrente del monopolio absoluto (totalitario, dictatorial) del poder y a favor de distribuir y compartir poderes en contextos de democracia y libertad, a fin de evitar esos grandes omnipotentes superpoderes y, como resultado, esas situaciones de degradación personal y de negación de los derechos humanos. Consciente de las limitaciones, incluso escéptico y pesimista ante los resultados efectivos de esa lucha, sin embargo siempre insistió en que, a pesar de todo, la primera y principal tarea de los intelectuales es y debe ser precisamente la de impedir que el monopolio de la fuerza se convierta también en monopolio de la verdad. En cuanto intelectuales, gentes de la cultura, no sé si se puede hacer mucho contra el monopolio (u oligopolio) de la fuerza, del poder. Pero sí creo que, con la ayuda de hombres como Norberto Bobbio, se puede hacer algo contra el monopolio de la verdad. Él, sabemos, siempre luchó por ello[10].

---

[9] Esas palabras de G. Amato están en la p. 211 de su postfacio a la obra colectiva sobre Norberto Bobbio citada aquí en las últimas líneas de la nota anterior.

[10] En varios trabajos míos y en concreto en el escrito en recuerdo y homenaje tras su muerte (*Norberto Bobbio: memoria española*, "Sistema", 181, julio de 2004) he resaltado algunos de los importantes apoyos que él, siempre con el impulso del también gran amigo y maestro Renato Treves, otorgaron a la oposición democrática de los intelectuales frente a las discriminaciones y persecuciones de la dictadura franquista: precisamente para evitar que aquél monopolio ilegítimo de la fuerza se convirtiera asimismo, como pretendía, en monopolio dogmático de la verdad. (Más, sobre ello, en mi ya citado libro *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, entre otras, pp. 114 y 129; también en mi último libro *Un itinerario intelectual. De filosofía jurídica y política*, Madrid, Biblioteca Nueva, 2003).

NORBERTO BOBBIO, PROFESOR

Michelangelo Bovero
Universidad de Turín

RESUMEN. En este testimonio, el profesor Michelangelo Bovero recuerda la faceta de Norberto Bobbio como profesor. Partiendo por lo que fue su última clase, el autor da cuenta, por ejemplo, de la trayectoria de Bobbio en la docencia, el contenido y desarrollo de sus cursos, su metodología de enseñanza, su transición de la cátedra de Filosofía jurídica a la de Filosofía política, o su particular admiración y respeto por los clásicos. Así, mediante anécdotas, palabras, gestos y detalles de la personalidad del filósofo, el autor nos presenta tanto su visión de la faceta docente y humana de Norberto Bobbio como una despedida de su maestro.

ABSTRACT. In this account, professor Michelangelo Bovero remembers Norberto Bobbio in his role as a teacher. Taking his last lecture as a starting point, the author tells us, for example, about Bobbio´s teaching career, the content and development of his courses, his teaching methodology, his transition from professor of Legal philosophy to professor of Political philosophy, and about his particular admiration and respect for the classics. In this way, as an act of farewell to his teacher, the author presents his vision of both the human and the teaching facets of Norberto Bobbio through anecdotes, words, gestures and aspects of the philosopher´s personality.

1. La última clase

Quisiera recordar al Bobbio profesor, mi profesor, comenzando –aparentemente– por el final; es decir, por la última clase del último curso que tuvo como titular de la cátedra de Filosofía política.

Aquel 16 de mayo de 1979 estábamos presentes muchos colegas, en el aula 14 del primer piso del Palacio Nuevo. Bobbio empezó con estas palabras: «Pienso que no soy demasiado perspicaz si noto que en esta aula hay personas que no son estudiantes. Algunos de ellos han sido mis estudiantes; incluso, veo uno que debo haber reprendido durante una clase y, algunas veces, cuando lo encuentro, me lo reprocha. [...] Debo decir que la presencia de estos "estudiantes no-estudiantes", no obstante haber pasado cuarenta y cuatro años de cuando comencé a enseñar, me pone un poco incómodo. Pero no tan incómodo como la primera vez que di una clase, en diciembre de 1935, en la Universidad de Camerino». Bobbio recordó que también en su primera clase estuvieron presentes muchos colegas de entonces, más bien, eran más numerosos que los estudiantes. Revivió aquel comienzo suyo con tono bromista, luego continuó en el hilo de la ironía: «Algún día he dicho a los estudiantes que quería evitar el rito de la última clase, no haciéndola. Más bien, habría quedado muy bien si ayer, que debió ser un día de huelga, luego anulada, no hubiera podido dar clase: porque hoy habría podido hacer… la penúltima». En este punto, propuso reemplazar la última clase con un diálogo: una discusión sobre los problemas tratados en el curso, que fue dedicada, en la primera parte, al cambio político como tema recurrente en la historia del pensamiento a partir de Aristóteles; y en la última parte, a la construcción de una teoría de la revolución, comparando los análisis y las reflexiones de los modernos sobre el fenómeno revolucionario, a partir de la Revolución francesa. En la discusión participaron, además de algunos estudiantes, muchos de los colegas concurrentes (puedo probarlo: el curso fue completamente registrado y luego trascrito por un grupo de alumnos).

Inició el diálogo. Bobbio contestó en su momento a las observaciones y también a las objeciones que le fueron planteadas, en el modo que le era usual: o sea, reconstruyendo ante todo el sentido de cada intervención, casi repitiéndola con otras palabras, traduciéndola, por así decirlo, en su propio lenguaje, como para apoderarse de las razones del interlocutor, como para ver si pudiera hacerlas suyas, antes de valorarlas críticamente y eventualmente señalarle los límites o contraponerle otras razones. Era la misma actitud, el mismo método, que siempre ha adoptado con todos sus interlocutores, incluidos los interlocutores puramente ideales, o sea, los autores comentados durante sus cursos.

Aquella última "clase no-clase" finalizó con un obsequio floral y un aplauso, durante el cual Bobbio imitó el gesto de los ciclistas que han llegado primeros a la meta.

2. Los seminarios de los años sucesivos y el post-último curso

Pero aquella última clase no sólo no fue una verdadera clase: sino que tampoco fue la última. Como profesor sin cargo, Bobbio tuvo cuatro seminarios ligados al curso de Filosofía política, uno por cada año académico, excepto el año 1981/82. En realidad, al menos tres (de cuatro), no fueron propiamente seminarios sino breves cursos de clases, dictados los miércoles, de enero a abril. En el año 1979/80 eligió el tema «Hobbes y la libertad», y lo desarrolló con el estilo y las técnicas predilectas de la filosofía analítica: recuerdo, entre otras, una clase de lógica deóntica sobre la tríada conceptual «permitido-obligatorio-prohibido». En los años 1982/83 y 1983/84 dedicó los seminarios a la teoría de la democracia, focalizando la atención, en el primero, sobre la relación entre democracia, liberalismo y socialismo, a partir del análisis de los varios sentidos de los conceptos de igualdad y de libertad; y, en el segundo, sobre las «transformaciones de la democracia», a partir de una comparación entre dos autores que, en diferentes tiempos, habían adoptado esta mismo expresión como título para un libro, interpretándola en modos opuestos: Vilfredo Pareto y Johannes Agnoli.

En el año 1981/82 no tuvo el seminario porque había aceptado la suplencia de la enseñanza de Ciencia de la política y permaneció en ella, en tanto el titular estaba de licencia. Entonces, tampoco el último curso oficial fue realmente el último. El post-último curso fue titulado «El gobierno. Historia y teoría». Ya que no me consta que desde entonces haya sido recordado, creo hacer algo útil reconstruyendo brevemente su desarrollo. Después de una clase introductoria sobre el lugar y el rol de la noción de gobierno en el ámbito de los conceptos fundamentales de la política, dedicó algunas otras clases al análisis de las metáforas clásicas del gobernador —el timonel, el pastor, el tejedor— y a su suerte en la historia. Luego, pasó a reconstruir en las líneas esenciales las teorías clásicas y modernas de las formas de gobierno, asumiendo como hilo conductor la distinción entre formas monocráticas y colegiadas, y reservando particular atención a la figura del gobierno mixto y a sus diferentes interpretaciones. En este punto planteó el problema de la contraposición entre buen gobierno y mal gobierno y de los diferentes criterios que se pueden adoptar para distinguirlos; subrayó la importancia de la distinción entre gobierno de las leyes y gobierno de los hombres y la predominante identificación en la historia de varias formas de gobierno "del hombre", es decir monocráticas, con formas de mal gobierno: tiranía, despotismo, dictadura, cesarismo, bonapartismo. Después de una comparación analítica entre estas formas, apoyada

en los textos clásicos, desarrolló algunas consideraciones sobre la figura del jefe carismático. Dedicó la parte conclusiva del curso a la alternativa entre gobierno mínimo y gobierno máximo y las últimas clases al análisis crítico del concepto de gobernabilidad y sus posibles decadencias.

En cada cambio de tema, al principio de cada nuevo capítulo del curso, Bobbio retomaba desde el inicio el análisis del pensamiento antiguo y moderno recorriendo, por así decirlo, la historia de la cultura occidental en toda su amplitud, y tomando categorías y modelos conceptuales no sólo de los grandes filósofos, de las grandes obras políticas y jurídicas, sino también de textos historiográficos, literarios, hasta poéticos. He deshojado rápidamente mis notas personales relativas a este curso sobre el concepto de gobierno y he contado más de un centenar de autores y textos citados, comentados, discutidos en la clase: de Solón y Píndaro, por las nociones de *eunomia* y *nomos basileus*, hasta Robert Nozick, por la teoría neoliberal del Estado mínimo, contenida en un libro del que apenas había salido la traducción italiana. En el curso sobre el cambio político, son muchos más los autores en los cuales se detuvo Bobbio. Hago notar que he recordado dos cursos *inéditos*, y que no son los únicos en permanecer como tales. Quiero subrayar que solamente en parte, quizás en una parte no preponderante, la riqueza teórica, la cantidad de pensamientos elaborada por Bobbio en el círculo virtuoso entre búsqueda y enseñanza ha confluido, también, en los escritos que componen su amplísima bibliografía. Las notas que preparaba para las clases, para cada clase, contenidas en el archivo confiado por él al Centro Gobetti, serán ciertamente una fuente inagotable de hallazgos.

3. La lección de los clásicos

Considerados en su totalidad, los cursos de Bobbio se pueden representar como una especie de diálogo abierto y de continua comparación con innumerables voces de la cultura de cada tiempo, siempre reconstruidas con sentido histórico y rigor filológico, pero oídas, repensadas y evaluadas por aquellos que pueden decirnos o sugerirnos, por analogía y por diferencia, no sólo sobre su mundo sino también sobre el nuestro.

Francis Bacon distinguía en forma alegórica tres figuras de estudiosos: las hormigas, capaces de acumular ingentes cantidades de materiales retiradas del entorno circunstante; las arañas, que secretan por su cuenta el propio hilo de modo endógeno; y, las abejas, que elaboran, transforman y dan sabor a cuanto van recogiendo. Para bromear con la alegoría baconiana podríamos decir que Bobbio ha sido una abeja particularmente laboriosa y siempre curiosa de explorar nuevos campos. Pero, naturalmente, a menudo volvía con gusto sobre ciertas flores preferidas, extrayendo cada vez nuevo alimento: me refiero a los clásicos, identificados por él sobre todo como

aquellos autores que han «construido teorías-modelo de las que uno se sirve continuamente para comprender la realidad, incluso una realidad distinta de aquella de la cual la[s] derivaron y a la que se la[s] aplicaron, y se han convertido en el curso de los años en verdaderas categorías mentales». En el *Prólogo* a las primeras notas de Filosofía política, del año académico 1972/73, escribía: «Si hubiera querido dar a mis apuntes un título académico, con gusto los habría titulado *La lección de los clásicos*». Quiero añadir una anécdota (verdadera y documentable). Concluyendo la segunda lección del último curso, aquel sobre el cambio político, Bobbio se dirigió a los estudiantes de este modo: «Ayer, alguien me ha preguntado si mi curso era "de actualidad", y yo he respondido con un gesto. ¡Por qué esta idea de que todo debe ser de actualidad...! Sí, está bien, la actualidad... pero démonos cuenta que no hemos nacido ayer, que el mundo no ha nacido ayer, que a lo más somos enanos, pequeños enanos –según la famosa metáfora acuñada en el *Seicento*– sobre los hombros de los gigantes del pasado. Pero para subir sobre sus hombros necesitamos hacer un cierto trabajo, no es una cosa tan simple. Por esto, empezamos por Aristóteles, empezamos por Platón».

En uno de los escritos autobiográficos se encuentra un pasaje que corrige y reformula la metáfora de los enanos y de los gigantes, y que ilustra mejor la actitud de Bobbio con respecto a los clásicos: «Mi respeto por los clásicos ha llegado al punto de no haber osado nunca, por retomar la conocida imagen, ponerme sobre sus hombros, enano sobre los hombros de los gigantes, pero más alto únicamente por estar agachado sobre sus hombros. Siempre he tenido la sensación que, si lo hubiera hecho, uno de ellos hubiera tenido el derecho de decirme, algo enfadado: "Hazme el favor, baja y ocupa tu lugar, que es a mis pies". Me viene a la mente otra metáfora, suscitada en mí por la afición a las muchas excursiones en la montaña hechas en compañía de mi esposa, primero con mis hijos y ahora con mis nietos: aquella del niño en el saco a la espalda. El adulto va delante y le señala el camino. El cansancio de la subida es todo suyo. El niño en el saco se deja llevar y, aunque a veces pueda dormirse, llega igualmente a la meta». En mi opinión, esta última metáfora habría que descifrarla con atención. El clásico "señala el camino", un camino inaccesible, "en subida", atravesado por difíciles problemas de comprensión y de interpretación de la realidad: hace falta seguirlo —un poco como decimos que se "sigue" una clase— casi "dejándose llevar", casi adormeciendo el impulso de desviarse del camino; el espíritu crítico debe volver a despertarse del todo en la meta, para valorar dónde has sido conducido, y si desde aquella meta puedes ver más, entender mejor.

El primer curso de filosofía política "seguía", esto es, reconstruía y exploraba, cinco caminos, es decir, cinco recorridos teóricos, siempre comparando los sucesivos con los precedentes: los de Hobbes, Locke, Rousseau, Hegel y

Marx. En la formulación y en la estructura, era muy similar al último curso de Filosofía del derecho, llevado a cabo en el año académico 1971/72, en el cual Bobbio había explorado, después de Marx, también los caminos de Max Weber y de Kelsen. Aquello que en el curso jurídico fue el objetivo principal, la reconstrucción de diferentes concepciones del Estado hasta la reducción kelseniana del Estado al ordenamiento jurídico, en el primer curso de Filosofía política se convertía, con una variación de énfasis, en la comparación de modelos conceptuales correspondientes a configuraciones alternativas de la gran dicotomía entre sociedad y Estado. Además, Bobbio se había ocupado de estos mismos y de otros clásicos en la mayor parte de los cursos jurídicos anteriores. Habiendo seguido unos y otros, puedo añadir, que en los últimos cursos de Filosofía del derecho era frecuente el recurso a los autores y modelos conceptuales no jurídicos en sentido estricto sino, más ampliamente, políticos; mientras en los cursos de Filosofía política era insistente la remisión a textos, a traducciones y sobre todo a modos lingüísticos más propiamente jurídicos. También por esto, en la última carta dirigida al decano y a los colegas de esta Facultad, con ocasión del seminario que organizamos por sus noventa años, Bobbio podía recordar el paso de una enseñanza a otra con las siguientes palabras: «Este paso fue para mí no solo indoloro sino, incluso, grato. Indoloro, porque, alternando cursos de argumento teórico con cursos de argumento histórico, había tenido frecuentes ocasiones en la enseñanza de la filosofía jurídica de afrontar tradicionales argumentos de filosofía política de Aristóteles, Locke, Kant, y un año el tema de la paz y de la guerra. Grato, porque la nueva enseñanza me permitía afrontar, como solamente la preparación de un curso puede hacer, temas de los cuales ya me había ocupado en los escritos precedentes, como la teoría de las formas de gobierno y el concepto de revolución. Dos cursos que recuerdo con particular gusto [...]. Siempre he considerado la esfera del derecho y la de la política, por usar una metáfora que me es familiar, como dos caras de la misma medalla. El mundo de las reglas y el mundo del poder. El poder que crea las reglas, las reglas que transforman el poder de hecho en un poder de derecho».

4. ¿Filosofía o teoría?

Quisiera añadir unas pocas palabras sobre el modo en el cual Bobbio concebía la naturaleza de las dos disciplinas y, en consecuencia, interpretaba la tarea de enseñarlas. A pesar de haber afirmado en un escrito de 1984, o sea en tiempos que no se remontaba a sus inicios como estudioso, de considerarse "perteneciente a la familia de los filósofos", Bobbio siempre ha hecho un uso prudente de la palabra "filosofía", al menos desde finales de los años cuarenta, es decir desde la época que coincide con su retorno a la Universidad de Turín. Sensible a las razones de la ciencia, era propenso a adoptar la fórmula

comtiana de la "filosofía positiva", aunque no a reconocerse completamente en ella, bien consciente de que esta fórmula le parecía a su propio inventor como inadecuada, una especie de oximorón al cual se podía recurrir *faute de mieux*. Su mal disimulada desconfianza por la palabra se habría originado, probablemente, en la abierta hostilidad contra "la última exaltación metafísica" de la cual había sido invadida nuestra cultura, el idealismo gentiliano, que casi llegó a identificarse y a ser identificado con "la" filosofía, y que Bobbio consideraba expresión emblemática de una pertinaz "ideología italiana".

Estas actitudes y estos juicios de Bobbio se reflejaban no sólo en el modo de concebir sino hasta de nombrar las materias de su enseñanza. Ha permanecido célebre su contraposición entre "la filosofía del derecho de los filósofos y la filosofía del derecho de los juristas", irónicamente vuelta contra los primeros. Menos conocida, quizás, sea su toma de distancia del modo de interpretar la filosofía política, convertida en hegemónica en las últimas décadas, como filosofía normativa de la justicia. En todo caso, para definir su enseñanza, prefirió el término "teoría" a la palabra filosofía. Lo afirmó con claridad, incluso con algún esfuerzo, en una conferencia de 1980, respondiendo a la pregunta "¿Qué hacen hoy los filósofos?": «…he enseñado por muchos años dos materias filosóficas, la filosofía del derecho y la filosofía de la política, pero tanto una como otra, tal como yo las entiendo tienen muy poco que ver, a mi juicio, con la Filosofía, con mayúscula. [...] La mayor parte de los apuntes que han estudiado los alumnos no los he titulado *Filosofía de...*, sino siempre *Teoría general del derecho, Teoría general de la política, Teoría de las formas de gobierno*, etcétera».

Ahora bien: ya que consideraba el derecho y la política como dos caras de la misma medalla, del mismo modo concebía la filosofía del derecho y la filosofía política, interpretadas ambas en la forma de la "teoría general", como disciplinas afines, contiguas y complementarias. En una reciente ocasión, había sintetizado su pensamiento con estas palabras: «esto que las dos teorías tienen en común en mis escritos [...] no solamente es el fin, exclusivamente cognoscitivo (no propositivo), sino también el modo de proceder para obtenerlo. Es el procedimiento [de la] "reconstrucción", a través del análisis lingüístico nunca separado de las referencias históricas a los autores clásicos, de las categorías fundamentales, que permiten delimitar al exterior y ordenar al interior las dos áreas, aquella jurídica y aquella política, y [de establecer] sus relaciones recíprocas».

En realidad, a Bobbio le corresponde como a poquísimos otros el nombre de filósofo en el sentido más amplio: en el significado kantiano del que profesa el uso público de la razón. Pero para la enseñanza prefería mantenerse dentro de los límites de la "teoría general" entendida como análisis avalutativo de los conceptos fundamentales del derecho y de la política.

5. No es un adiós

Permitidme, para concluir, revivir la imagen de Bobbio durante las clases. Casi siempre caminaba de un sitio para otro, sin cesar, entre el pupitre y la pizarra deteniéndose de vez en cuando para trazar con la tiza un esquema conceptual. Comúnmente, permanecía sentado solamente cuando leía y comentaba pasajes de los clásicos. A menudo, como queriendo subrayar una frase o un pensamiento, golpeteaba rítmicamente con el dedo sobre la tabla de la mesa, suscitando inquietud en los estudiantes que habían acumulado las grabadoras sobre el pupitre. Recuerdo raras ocasiones en las cuales leía de pie, una página significativa, ligeramente inclinado hacia adelante. Después del asesinato de Moro recalcó palabra por palabra, sin énfasis, lentamente, el paso de Max Weber sobre la noche polar: ese que concluye con la exhortación «No importa, continuamos». Durante la última clase, aquel 16 de mayo de 1979, quiso recordar otra célebre afirmación de Weber, quizás la que le he oído repetir más veces: «La cátedra no es para los profetas ni para los demagogos». No sólo estas palabras, sino su tono de voz, siguen acompañándome.

A la página de los recuerdos se destinan los verbos en pasado. Una página que, por cuanto me concierne, pienso reabrir en público solamente una vez más, para luego guardarla en el secreto de la conciencia y releerla alguna otra vez junto a los amigos más cercanos. De las páginas acerca de los estudios sobre el pensamiento de Bobbio, ya de por sí numerosas, debemos pasar al presente histórico: «Bobbio dice … Bobbio sostiene…». Sin embargo, en los recuerdos, me resulta difícil usar el perfecto. Tiendo a rechazarlo. Más espontáneo me viene el imperfecto, un tiempo inconcluso, que en cierto modo, de hecho, continúa: «Bobbio decía … decía siempre…».

No logro decirle adiós. No podría. Estoy seguro que no podré. He releído, en estos días, el retrato de Leone Ginzburg trazado por Bobbio mucho tiempo después de la desaparición del amigo. En algunas de las palabras finales me ha parecido reconocerme, *si parva licet*, a mí mismo en el futuro, si me será dado, y aquel sentido íntimo de cercanía que seguiré teniendo con mi profesor: «el timbre de su voz, su mirada, su modo de hablar y de reír han quedado vivos en mi memoria, como si ayer mismo lo hubiera saludado por última vez. Si lo traigo a la mente, me sorprendo de sentirlo tan cercano, tan presente, tan junto a mí, dentro de mí, como si se hubiera convertido en parte de mí mismo».

(Trad. de Félix Morales Luna)

DEL DERECHO AL PODER: EL CAMINO CENTRAL DE LA OBRA DE NORBERTO BOBBIO

Alfonso Ruiz Miguel
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN. En este artículo, el autor propone como hilo conductor de la vasta obra de N. Bobbio a la filosofía del Derecho y a la filosofía política, dos caminos centrales que pueden ser vistos también como un único camino. Se exponen los rasgos de este hilo conductor en dos pasos sucesivos: primero, describiendo las estrechas relaciones que según Bobbio mantienen la filosofía jurídica y la filosofía política en su propuesta metodológica sobre la estructura temática de una y otra materia; y, segundo, sintetizando los rasgos de su aportación teórica a propósito de los contenidos nucleares de ambas materias: el Derecho y el poder. Entre uno y otro paso se hace una sucinta comparación de las concepciones de Bobbio con algunas teorías contemporáneas y se concluye con algunas reflexiones en torno a la tensión de su realismo "iluminista" o ilustrado.

ABSTRACT. The author holds that the central thread in the vast work of N. Bobbio consists of philosophy of law and political philosophy, two main lines which can also be seen as a single one. The features of this thread are shown in two different stages: the first consists in describing the close relationship which according to Bobbio exists between legal philosophy and political philosophy in his methodological proposal on the thematic structure of each of these fields; and, the second, in synthesizing the features of his theoretical contribution on the subject of the core contents of both disciplines: law and power. Between one stage and the next a brief comparison is made between Bobbio´s conceptions and some other contemporary theories and the article finishes with some reflections concerning the tension of his "enlightening" or enlightened realism.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 28 (2005) ISSN: 0214-8676 pp. 59-71

Bobbio utilizó magistralmente la imagen del laberinto para ilustrar su propia filosofía de la historia ante el problema de la guerra nuclear: entre los enmarañados caminos que logramos ver, creemos saber que la humanidad tiene una salida pero ni conocemos dónde puede estar ni tenemos la seguridad de encontrarla. Con una oportuna traslación, el conjunto de la obra del mismo Bobbio ha sido visto como un laberinto de escritos en el que, como él mismo reconoció, no resulta fácil encontrar el hilo conductor de un recorrido de distintos caminos nunca terminados de explorar hasta el final[1]. Sin embargo, la justeza de esta última apreciación, la dispersión de caminos no del todo explorados, e incluso las complejidades, variaciones y tensiones de una búsqueda intelectual particularmente inquieta y abierta, no excluyen la existencia de un básico hilo conductor en su obra, por intrincado que sea. Vayamos por partes.

Que los temas, planos y enfoques abordados por Bobbio a lo largo de su extensa vida de estudio son en gran medida dispersos no es sólo una constatación de hecho tras ver que alrededor de sus dos dedicaciones académicas, la filosofía jurídica y la filosofía política, giran estudios de carácter histórico, metodológico, teórico e incluso lógico y, además, que al lado de ellos, se ha ocupado también de filosofías generales como la fenomenología o el existencialismo, de la función de los intelectuales, de la historia de las ideas políticas, de la historia cultural del siglo XX italiano, pero también las de Turín o el Piamonte, del pensamiento de muy diversos intelectuales entre sus inmediatos antecesores y sus contemporáneos (Croce, Gobetti, Solari, Ginzburg, Calamandrei…), del fascismo y su ideología, de reflexiones vitales y morales sobre temas como la vejez, la templanza, el racismo, el progreso, la religión y el laicismo, el mal, etc., o, en fin, de la crítica política y cultural de la Italia del último tercio del siglo en sus esporádicos pero

[1] Cf. "Parlano i filosofi italiani", inchiesta a cura di Valerio Verra, *Terzo programma*, n. 3, 1972; también, por donde cito, en V. Verra (comp.), *La filosofia dal'45 ad oggi*, Turín, Edizioni RAI, 1976, p. 475. Para la aplicación de la imagen del laberinto a la propia obra de Bobbio, cf. Luigi Bonanate y Michelangelo Bovero, "Premessa", en *Per una teoria generale della politica. Scritti dedicati a Norberto Bobbio*, Florencia, Passigli, 1986, p. 7; Luigi Bonanate, "Un labirinto in forma di cerchi concentrici, ovvero: guerra e pace nel pensiero di Norberto Bobbio", *ibidem*, pp. 15-47; José Fernández Santillán, "Estudio preliminar", en *Norberto Bobbio: el filósofo y la política. Antología*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 27 (en adelante citada como *Antología*); Michelangelo Bovero, "Norberto Bobbio. Percorsi nel labirinto delle opere", *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 32, 2003, p. 7; y Pedro Salazar Ugarte, "El constitucionalismo de Norberto Bobbio: un puente entre el poder y el derecho", original mecanografiado, § I.

numerosos artículos en el diario turinés La Stampa[2]. Tal variedad no es sólo la constatación de un hecho, sino que responde también a las inclinaciones profundas de la personalidad de Bobbio. Autor de artículos y ensayos mucho más que de libros, que suelen recopilar sus artículos, su estilo intelectual se caracterizó por dar primacía metódica al análisis sobre la síntesis y por ocuparse temáticamente más de problemas bien delimitados que de elaborar un sistema con pretensiones de plenitud. Junto a la relativa dispersión temática, esa predilección por el análisis de problemas concretos frente a la búsqueda de la síntesis y el sistema hacen de Bobbio un claro ejemplo de abeja, y no hormiga ni araña, si aplicamos la clasificación de Francis Bacon, o de zorra y no erizo si aplicamos la de Isaiah Berlin[3].

Y, sin embargo, en ese laberinto de estudios y preocupaciones teóricas pueden encontrarse dos caminos centrales que en realidad, por los constantes solapamientos y entrecruzamientos entre ellos y porque se suceden en una esencial concatenación, pueden ser vistos también como un único camino. Me refiero a la filosofía del Derecho y a la filosofía política, las dos profesiones que dividen la vida académica de Bobbio –la primera etapa, más amplia, de 1934 a 1972 y la segunda de 1972 a 1979– y que, a mi modo de ver, forman el hilo conductor de su obra. Pero no se trata de un hilo simple y liso, sino intrincado y con distintos nudos que, además de paralelismos, solapamientos, entrecruzamientos y concatenaciones_en el análisis del Derecho y el poder, también deja traslucir la paradójica tensión, central en el pensamiento de Bobbio, de su "illuminismo pesimista" o su realismo insatisfecho: la tensión entre una aguda mirada realista, a veces incluso pesimista, sobre el ser humano, su historia y sus prácticas e instituciones, y una toma de posición crítica ante ello, al fin y al cabo esperanzada o menos desesperanzada, de clara raíz ilustrada[4]. Trataré de exponer con más deteni-

---

[2] Junto al artículo de Bovero citado en la nota anterior, remito también a mi escrito "Bobbio: un siglo XX europeo", *Claves de razón práctica*, n. 141, abril 2004, pp. 44-53, donde en el apéndice intento una ordenación sistemática de su abundante bibliografía.

[3] La primera la propone Bovero en "Norberto Bobbio professore", original mecanografiado de próxima publicación en el n. 27 de *Doxa*, nota 3; la segunda la he utilizado yo mismo en "Bobbio: un siglo XX europeo" cit., p. 44. El propio Bobbio ha reconocido la dispersión y el carácter incompleto de su obra: cf. "Prólogo a la primera edición" (1979), en *Contribución a la teoria del Derecho*, ed. de A. Ruiz Miguel, 2ª ed., Madrid, Debate, 1990, pp. 9-10.; así como "Epílogo para españoles", en Ángel Llamas (comp.), *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 315 y 316; ahora también en *De senectute e altri scritti autobiografici*, Turín, Einaudi, 1996, p. 149 y 151-152, trad. cast. de Esther Benitez, *De senectute y otros escritos biográficos*, Madrid, Turus, 1996, pp. 186 y 188.

[4] Uno así dos paradojas en realidad convergentes que desarrollo con más detalle en "Bobbio: las paradojas de un pensamiento en tensión", en *La figura y el pensamiento de Norberto*

miento los rasgos de ese complejo hilo conductor en dos pasos sucesivos: primero, describiendo las estrechas relaciones que según Bobbio mantienen la filosofía jurídica y la filosofía política en su propuesta metodológica sobre la estructura temática de una y otra materia; y, segundo, sintetizando los principales rasgos de su aportación teórica a propósito de los contenidos nucleares de ambas materias: el Derecho y el poder. Entre uno y otro paso haré una sucinta comparación de las concepciones de Bobbio con algunas teorías contemporáneas y concluiré con unas reflexiones en torno a la mencionada tensión de su realismo "illuminista" o ilustrado.

Una de las preocupaciones teóricas de Bobbio, sin duda relacionada con su inclinación analítica a la distinción y a la clarificación, ha sido la ordenación metodológica de los temas o campos de la filosofía del Derecho primero y de la filosofía política después. Conforme a una distribución tradicional en la filosofía jurídica, distinguió en ésta cuatro campos: la teoría de la justicia, como reflexión sobre los valores ético-políticos que sirven de justificación y de crítica al Derecho, la teoría general del Derecho, como análisis de los conceptos generales y comunes a distintos sistemas jurídicos (subdividida por él en una teoría de la norma y otra del ordenamiento, a grandes rasgos correspondientes a la distinción kelseniana entre nomoestática y nomodinámica), la metodología jurídica, como estudio de la naturaleza y los procedimientos de la interpretación jurídica, especialmente de la interpretación de la llamada ciencia del Derecho, y, en cuarto lugar, la sociología jurídica, a la que en realidad Bobbio terminaba excluyendo de la filosofía del Derecho considerándola, con razón, una parte de la sociología general[5]. Por su parte, ordenó las tareas de la filosofía política también en cuatro temas distintos: los dos primeros serían la doctrina del Estado ideal y la justificación de la obligación política, que se explican por su mero enunciado, el tercero, por él denominado teoría general de la política, habría de analizar el concepto de política y su relación con otras formas de organización humana como el Derecho, la economía o la moral, y el cuarto, en fin, la metodología de la

---

Bobbio cit., §§ 2 y 3; en versión más amplia, en A. Ruiz Miguel, *Politica, historia y derecho en Norberto Bobbio*, México, Fontamara, 2ª ed., 2000.

[5] Cf., aun con algunas diferencias, "La filosofia del diritto in Italia" (1957), ahora en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milán, Comunità, 2ª ed., 1972, cap. III; "Filosofia del diritto e teoria generale del diritto", *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, I, Padua, Cedam, 1950, pp. 43-64, también en *Studi sulla teoria generale del diritto*, Turín, G. Giappichelli, 1955, trad. cast. en *Contribución*... cit., cap. I; así como, especialmente, "Nature et fonction de la philosophie du droit", *Archives de Philosophie du Droit*, VII, 1962, pp. 1-11, también, en italiano, en *Giusnaturalismo*... cit., cap. II, trad. cast. en *Contribución*... cit., cap. II.

ciencia política, constituiría la reflexión sobre las condiciones de validez de la ciencia política[6].

Como se puede ver, si se prescinde de la sociología del Derecho y se consideran conjuntamente los dos primeros temas de la filosofía política, el paralelismo entre ella y la filosofía jurídica es muy estrecho. O, por precisarlo un poco más, en el campo de la metodología el paralelo es perfecto y en el ético-valorativo la proximidad se acerca casi a la identidad por el solapamiento de los temas, unidos como la cara y la cruz de la misma moneda. En cambio, en el campo de las teorías generales hay algunos entrecruzamientos que hacen la analogía más aproximada y compleja. De una parte, la analogía es muy estrecha en la concepción de ambas como materias más cercanas a cada respectiva ciencia que a la filosofía, así como también en el método analítico-conceptual propuesto (y después utilizado) para su construcción; pero, de otra parte, esa analogía se difumina en la bifurcación de la articulación concreta de cada teoría sobre todo por dos razones: primera, por la mayor sistematicidad de la teoría general del Derecho respecto de la teoría general de la política, la cual, en su realización efectiva al menos, aparece de forma más bien dispersa y muchas veces entrecruzada en sus distintos

---

[6] Cf., aun con algunas variaciones, "Dei possibili rapporti tra filosofia politica e scienza politica", en Varios, *Tradizione e novità della filosofia della politica*, Bari, Laterza, 1971, pp. 23-37; y "Considerazioni sulla filosofia politica", *Rivista italiana di scienza politica*, I, 1971, pp. 367-379; véanse también "Per una mappa della filosofia politica", en Dino Fiorot (comp.), *La filosofia politica, oggi*, Turín, G. Giappichelli, 1990; y "Ragioni della filosofia politica", en Silvia Rota Ghibaudi y Franco Barcia (comps.), *Studi in onore di Luigi Firpo*, Milán, F. Angeli, 1990, vol. IV, pp. 175-188; todos ellos ahora reproducidos (los tres primeros parcialmente) en *Teoria generale della politica*, ed. de Michelangelo Bovero, Turín, Einaudi, 1999, cap. I, trad. cast., *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003 (en adelante *TGP*); hay también trad. cast. del primero (parcial) y del último artículo en *Antología*, pp. 55-59 y 60-71. Sobre ello, cf. también Michelangelo Bovero, "Bobbio y la filosofía política", en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* cit., pp. 189-200; y Andrea Greppi, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, Pons, 1998, pp. 150ss.

Conviene precisar que, como sintéticamente dice Bovero, "en el modelo de Bobbio, la esfera del poder es más amplia que la de la política, y ésta, a su vez, más amplia que la del Estado" ("Introduzione" a *TGP*, p. XXXIV, trad. cast., p. 35). Y, en efecto, por una parte, junto al poder político, Bobbio ha repetido muchas veces que hay otras dos formas de poder, el económico y el idelógico (no ha tenido en cuenta así una cuarta forma de poder de permanente duración histórica: el poder patriarcal de los hombres sobre las mujeres); y, por otra parte, ha reconocido que el poder político excece del ámbito estatal tanto en el ámbito internacional como en el interno, a través de la capacidad de negociación de estructuras no estatales, como los partidos o los sindicatos y organizaciones empresariales. A los efectos del texto, sin embargo, puede darse por válida la asimilación aproximada entre poder, poder político y Estado, que más allá de las anteriores precisiones configura el núcleo de la reflexión bobbiana sobre el tema (entre muchas, una prueba de ello se puede hallar en el título, al que por lo demás responde el contenido, de su curso de 1966: *Il problema del potere. Introduzione al corso di scienza della política*, lezioni raccolte da Iliana Secchieri, Turín, Cooperativa Libraria Universitaria Torinese, 1996).

análisis de algunos de los conceptos ético-políticos básicos, como democracia, libertad, igualdad, paz, derechos humanos, etc.; y, segunda, porque mientras la teoría general del Derecho de Bobbio constituye un análisis en principio ajeno a la teoría de la justicia, en cambio, los temas de la teoría de la política realizada por Bobbio, aun permitiendo y exigiendo la distinción de planos, han tendido siempre a ser considerados tanto en su faceta analítico-conceptual como en su faceta valorativa o normativa.

En este último aspecto, que es donde aparecen las elecciones y argumentos de la ideología de Bobbio, la teoría general de la política da paso y se concatena con la filosofía política normativa que, en realidad, por cerrar el círculo, resulta a mi modo de ver indistinguible de la teoría de la justicia. Tanto es así que si se quiere ordenar la más dispersa contribución de Bobbio a la filosofía política normativa, creo que el mejor camino es acudir a la sistematización de la teoría de la justicia que desarrolló en su curso de 1953, según la cual aquélla se puede descomponer en tres contenidos o valores: ante todo, en cuanto condición necesaria aunque no suficiente de la justicia, la seguridad, garantizada por el orden interno y por la paz en el ámbito internacional; después, la libertad, cuyas distintas manifestaciones se deben realizar a través del sistema democrático representativo; y, en fin, la igualdad, que de manera más sustantiva ha de servir como meta del ideal socialista, socialista liberal, que Bobbio prefirió[7].

El contraste entre la teoría general del Derecho y la teoría general de la política de Bobbio, que al fin y al cabo han sido el núcleo de su filosofía jurídica y política, puede ilustrarse además con una somera comparación

---

[7] Cf. *Teoria della giustizia*, appunti delle lezioni di filosofia del diritto a cura degli studenti, Turín, Università di Torino, s. f. (pero 1953), donde se dedican los tres capítulos a cada uno de los valores; sobre todo ello, con la bibliografía de Bobbio allí citada, A. Ruiz Miguel, *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, §§ 29-32 (sobre el liberalsocialismo, es imprescindible Michelangelo Bovero, Virgilio Mura y Franco Sbarberi (comps.), *I dilemmi del liberalsocialismo*, Roma, La Nuova Italia Scientifica, 1994).

Se debe precisar que cuando en ocasiones posteriores Bobbio se ha ocupado de la noción de justicia, la ha configurado en dos sentidos más restringidos, ambos reconducibles a la tradición aristotélica: en el más estricto, identificando la justicia con la igualdad, y en el más amplio, además, con el orden y la legalidad (cf., especialmente, "Sulla nozione di giustizia" (1985), en *TGP*, cap. V.III; en *Antología*, pp. 203-214). Por lo demás, cuando ha querido resumir sus ideales políticos, Bobbio ha propuesto los derechos humanos, la democracia y la paz: cf. "Introduzione" a *L'età dei diritti,* Turín, Einaudi, 1990, pp. VII-VIII; hay trad. cast., más amplia que la italiana, de Rafael de Asís, *El tiempo de los derechos*, Madrid, Editorial Sistema, 1991, pp. 13-14; así como "Un bilancio" (1996), en *De senectute*... cit., pp. 164-165, trad. cast., pp. 204-205 (sobre este texto, cf. mi escrito "Bobbio: un siglo XX europeo" cit., nota 8). Aunque esta última caracterización es más densa que la tríada seguridad, libertad, igualdad y, por ello, más interesante desde un punto de vista normativo, a la inversa, la mayor complejidad conceptual de las nociones de democracia y de derechos humanos respecto de las de aquella tríada hace que ésta sea más operativa desde un punto de vista analítico.

con algunas teorías del ámbito anglosajón, que no sin cierta injusticia en parte atribuible al idioma, probablemente resultan mucho más familiares que la de Bobbio para cualquier estudioso actual de nuestras materias, con la excepción, claro, del ámbito italiano e iberoamericano. La teoría jurídica de Bobbio resulta en buena medida asimilable a la de Hart, y no sólo en su temática, en el común método analítico (aun con un distinto estilo) y en varios de sus desarrollos concretos, sino también en la dirección fundamental en la que ambos se insertan críticamente, que no es otra que el normativismo de raíz kelseniana. Y en una coincidencia no casual, tanto la teoría jurídica de Bobbio como la de Hart han sido esencialmente ajenas –a pesar del Postscript de Hart– al paradigma alternativo abierto por Dworkin desde los años 70, basado en un método cercano a la filosofía hermenéutica y en todo caso escasamente analítico, marcado por un tajante giro desde los problemas de la creación y la sistematización normativas hasta los de la interpretación y la aplicación de un Derecho no entendido ya en términos normativistas. Por su parte, en la teoría política de Bobbio se puede ver sin gran forzamiento un gran parentesco con la aportación de Isaiah Berlin, y tanto en el método, básicamente analítico y problemático antes que sintético y sistemático, como también en muchos de sus contenidos (entre ellos, por cierto, destaca cómo Bobbio hizo una recuperación crítica de la dos formas de libertad de Benjamin Constant muy similar a la de Berlin, sólo que cuatro años antes[8]). A ello se debe añadir, en fin, la común preocupación y ocupación por el estudio de la historia de las ideas. Y si en este caso se quiere también un contraste con el paradigma que se ha terminado imponiendo, es obligado citar la filosofía política normativa de Rawls, si bien aquí cabe precisar que, aunque de manera menos amplia y desarrollada, ni Berlin ni Bobbio han dejado nunca de argumentar racionalmente sus valores ético-políticos[9].

---

[8] El famoso artículo de Berlin "Two Concepts of Liberty" fue la lección inaugural de 1958 en Oxford (ahora en *Four Essays on Liberty*, Oxford-Nueva York, Oxford University Press, 1969, cap. III. Los dos artículos relevantes de Bobbio son de 1954: cf. "Democrazia e dittatura" y "Della libertà dei moderni comparata a quella dei posteri", ambos en *Política e cultura*, Turín, Einaudi, 1955, caps. X y XI; el segundo también en *TGP*, cap. V.I.

No estará de más precisar que la esencial defensa de la posición liberal –de la libertad negativa– resulta en Bobbio más abierta a la democracia –la libertad positiva–, y aun a la libertad como capacidad efectiva –la libertad como poder– que en Berlin: en tal sentido, véase también "Libertà e potere" (1955), en *Politica e cultura* cit., cap. XIV; y "Due concetti di libertà nel pensiero politico di Kant" (1960), como "Kant e le due libertà", en *Da Hobbes a Marx. Saggi di storia della filosofia*, Nápoles, Morano, 1965, cap. V, trad. cast. de Juan-Carlos Bayón, en *Estudios de historia de la filosofía: de Hobbes a Gramsci*, ed. de Alfonso Ruiz Miguel, Madrid, Debate, 1985, cap. IV; recogido también en *TGP*, cap. II.I.

[9] Creo que en este punto tanto Greppi como Bovero tienden a exagerar las diferencias y el contraste entre la obra de Bobbio y la de Rawls, no, por supuesto, en lo que se refiere al descuido del autor americano por el análisis conceptual, sino sobre todo por su interpretación

Pero el contraste antes comentado entre la teoría general del Derecho y la teoría general de la política de Bobbio es sólo relativo, pues se contrapesa con la fuerte interrelación que él mismo propuso y desarrolló entre Derecho y poder político. Así, ambos fenómenos son considerados en su obra como esencialmente entrecruzados y concatenados entre sí a través de la distinción entre hechos, normas y valores. En la concepción bobbiana sobre el Derecho, muy deudora del normativismo kelseniano, la distinción de los tres planos de la eficacia, la validez y la justicia resulta privilegiada, al modo positivista, en favor de la categoría de la validez. En la noción de validez positivista, híbrida e inestable, gravitan tanto elementos empíricos, y en especial el uso de la fuerza como condición para la existencia del sistema jurídico, cuanto también, más implícita y oscuramente, componentes valorativos o morales, residentes al menos en dos puntos: de un lado, en la certeza o seguridad básica que, según positivistas como Kelsen o Bobbio, cualquier orden normativo garantiza, y, de otro lado, en la idea de normatividad, entendida como pretensión de justicia o corrección, al menos por parte de quienes mantienen el sistema. Las tres categorías jurídicas tienen su correspondencia en el ámbito del poder político en los tres planos de la efectividad, la legalidad y la legitimidad, una categorización que también sitúa al poder como legalidad en un lugar intermedio e inestable entre el poder desnudo sólo sostenido por la fuerza y el poder éticamente justificado que realiza las aspiraciones humanas de justicia[10].

---

de la teoría general de la política de Bobbio más como una teoría analítico-conceptual que normativa (cf. Bovero, "Introduzione" a *TGP*, pp. XI-XII, trad. cast., pp. 12-13; y Greppi, *Teoría e ideología*... cit., esp. pp. 13-20 y 172-205, pero también con observaciones que se acercan a mi interpretación, pp. 20-24). A mi modo de ver, una cosa es destacar la originalidad y el valor del análisis conceptual basado en los clásicos al margen de cualquier toma de posición, que es la teoría general de la política *propuesta* por Bobbio, y otra cosa dar a entender que ese es, en lo básico, el contenido de la teoría política efectivamente *realizada* por él. En realidad, la distinción entre el plano teórico-conceptual y el filosófico-normativo es mucho más fácil en la propuesta metodológica que en la teoría realizada en la práctica por Bobbio, pues muy habitualmente sus teorizaciones o proceden de problemas de naturaleza ética o normativa o tienen la pretensión de ayudar a resolverlos. Y es en ese entrelazamiento en el que, me parece, se encuentra el valor y la originalidad de las dos principales e importantes polémicas de *Politica e cultura* en los años 50 y de *Quale socialismo?* en los años 70, a las que se podrían sumar muchos de sus abundantes escritos sobre la democracia, de los que otros muchos artículos (paradigmáticamente las voces para diccionarios, formalmente más descriptivas) recogen y desarrollan la sustancia de los mismos conceptos.

[10] Un desarrollo a mi modo de ver no superado, a la vez analítico e histórico de estas tres ideas (aunque formuladas con otra terminología) es el del contemporáneo de Bobbio, Alessandro Passerin d'Entrèves, *La dottrina dello stato. Elementi di analisi e di interpretazione*, 2ª ed., Turín, G. Giappichelli, 1967, del que hay una reciente edición en castellano de Ramón Punset, *La noción de Estado. Una introducción a la teoría política*, Barcelona, Ariel, 2001.

Más allá del paralelismo entre las dos tríadas anteriores, Bobbio ha añadido un especial entrelazamiento del poder (político) y de la norma (jurídica) al considerarlos como "la cara y la cruz de la misma moneda", esto es, como dos puntos de vista distintos aunque enlazados entre sí[11]. No es posible entrar aquí en los sutiles detalles de la construcción bobbiana, que ha tenido a Max Weber y a Hans Kelsen como principales referentes teóricos. Bastará decir que el resultado central de ese entrelazamiento es la interpretación bobbiana del positivismo kelseniano como una formalización de la doctrina del Estado de Derecho en su acepción más amplia y débil, que ve en el sometimiento a las leyes la condición fundamental de la legitimidad del poder. Esta visión, me parece, deja en la sombra las pretensiones descriptivas y hasta los ingredientes decisionistas de la teoría pura del Derecho y oscurece la distinción entre legitimidad (como criterio ético último y genuino) y legitimación (como criterio ético asumido socialmente, en definitiva como hecho). Pero esta no es sólo la concepción que Bobbio atribuye a Kelsen, sino también la que al fin y al cabo él mismo adopta tanto a propósito del Derecho como del poder político. Sin adentrarme aquí en las oscilaciones y matices de los distintos escritos de Bobbio, me limitaré a señalar que más allá de las pretensiones descriptivas y de diferenciación del Derecho y la política de la moral que ha defendido tanto para la ciencia y la teoría jurídica como para la ciencia y la teoría política, su positivismo jurídico y su empirismo científico-político han sido en realidad menos avalorativos de lo que se propuso. Aquí, aparte de otras tomas de posición más o menos claras y deliberadas en puntos o aspectos concretos, me parece central su conceptualización del Derecho y del poder político como organizaciones que, además de ser socialmente efectivas por su capacidad de ejercer suficientemente el monopolio de la fuerza conforme a distintas formas de legitimación, son caracterizadas también por cumplir la finalidad básica e inmanente de seguridad y orden[12]. De tal forma, es en el núcleo mismo de la concepción bo-

---

[11] La frase entrecomillada está repetida mil veces en la obra de Bobbio, al menos desde "Sul principio di leggitimità" (1964), en *Studi per una teoria generale del diritto*, Turín, G. Giappichelli, 1970, pp. 79-93, trad. cast. en *Contribución*… cit., p. 301; vid. también "Dal potere al diritto e viceversa" (1981); en *TGP*, p. 185, trad. cast., p. 261; también trad. cast. en *Contribución*… cit., p. 356. Ambos textos son también relevantes para lo que digo antes y después en el texto.

Sobre la relación entre poder y derecho en Bobbio y entre su teoría jurídica y la kelseniana, con valiosos apuntes críticos, cf. Luis Prieto Sanchís, "La sombra del poder sobre el Derecho. Algunas observaciones a propósito de la teoría del Derecho de Norberto Bobbio", *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* cit., pp. 97-112; y Albert Calsamiglia, "Kelsen y Bobbio. Una lectura antikelseniana de Bobbio", *ibidem*, pp. 113-124.

[12] En relación con la política, cf. su voz "Politica", en N. Bobbio y Nicola Matteucci (comps.), *Dizionario di politica*, Turín, UTET, 1976, p. 732; ahora también en *TGP*, p. 110,

bbiana del Derecho y de la política donde se introduce un cierto criterio de justicia, el valor hobbesiano y conservador del orden, si bien, desde luego, no como ideal completo sino como valor inmanente y mínimo.

Todo sumado, sin embargo, sería precipitado e incorrecto concluir que a través de la anterior vinculación entre descripción y valoración la teoría jurídica y política de Bobbio consagra como justos, ni siquiera mínimamente, a cualesquiera regímenes existentes de hecho. Lo excluye sobre todo su constante fidelidad a la ideología democrático-liberal y su defensa de los derechos humanos[13]. Aun así, aquella vinculación, además del conflicto que plantea con la metodología dualista entre juicios de hecho y juicios de valor por él sostenida, también muestra la ya mencionada tensión que atraviesa su obra, y hasta su misma personalidad, entre su tendencia al realismo y su actitud de insatisfacción crítica de raíz ilustrada. Bobbio no pudo dejar de servir a ambos señores, el realismo y el "illuminismo", y aventuro que su mayor intento de aunarlos fue a través de la construcción de la democracia como conjunto de reglas de procedimiento para el juego político una de cuyas funciones esenciales es garantizar la paz interna. Después de lo dicho antes, ahora resultará bien clara la estrechísima relación existente entre, de un lado, los conceptos de Derecho y de poder político y, de otro lado, el de

---

trad. cast., p. 184; y, con observaciones más críticas, "La politica", en Valerio Castronovo y Luciano Gallino (comps.), *La società contemporanea*, Turín, UTET, 1987, p. 570.

Y en relación con el Derecho, cf. "Formalismo giuridico" (1958), en *Giusnaturalismo*… cit., p. 100, trad. cast. de Ernesto Garzón Valdés, *El problema del positivismo jurídico*, Buenos Aires: Eudeba, 1965, p. 34; "Hans Kelsen" (1973), en *Dalla struttura alla funzione*, Milán, Comunità, 1977, pp. 210-215, trad. cast. en *Contribución*… cit., pp. 251-254; y "Diritto", en *Dizionario di politica* cit., p. 320. Para precisiones sobre las oscilaciones de Bobbio sobre esta materia, cf. Greppi, *Teoría e ideología*... cit., pp. 131, 146-148 y 222-223, y Bovero, "Introduzione" a *TGP*, pp. XXXV-XXXVI, trad. cast., pp. 36-37.

[13] Sobre la democracia en Bobbio, son especialmente relevantes los libros de Piero Meaglia, *Bobbio e la democrazia. Le regole del gioco*, San Domenico di Fiesole (Florencia), Edizioni Cultura della Pace, 1994; y Corina Iturbe, *Pensar la democracia: Norberto Bobbio*", México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001. Véase también Nicola Mateucci, "Democrazia e autocrazia nel pensiero di Norberto Bobbio", en *Per una teoria generale della politica*… cit., pp. 149-178; parcialmente reproducido como "Le procedure non scalderanno i cuori, ma rendono liberi", en *Reset,* n. 74, 2002, pp. 69-74; Luigi Ferrajoli, "Ragione, diritto e democrazia nel pensiero di Norberto Bobbio", en L. Ferrajoli y Paolo di Lucia (comps.), *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio*, Turín, G. Giappichelli, 1999, pp. 5-14; Luigi Bonanate, "La democrazia nella concezione internazionalistica di Norberto Bobbio", *ibidem*, pp. 177-187; Liborio L. Hierro, "Ross y Bobbio sobre la democracia. El racionalismo de dos emotivistas", en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* cit., pp. 237-255. Sobre los derechos humanos en Bobbio, véase Antonio-Enrique Pérez Luño, "Los derechos humanos en la obra de Norberto Bobbio" y Rafael de Asís Roig, "Bobbio y los derechos humanos", ambos en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* cit., §§ 9 y 10; así como Gregorio Peces-Barba, "Los derechos humanos en Norberto Bobbio", *Claves de razón práctica*, 144, 2004, pp. 44-47.

democracia precisamente a través de la noción central de regla y, por ello, del modelo del gobierno de las leyes, que no es otro que el del Estado de Derecho en el sentido amplio de la expresión[14]. A mi modo de ver, sin embargo, las cuentas aquí no terminan por cuadrar, como se ve claro cuando se cae en la cuenta de que, de Hobbes a Kelsen o Weber, para instaurar la paz basta el mecanismo de la fuerza, en que de hecho puede apoyarse en última instancia el Derecho y el Estado para ser eficaz. No hay duda de que si además concurre el consenso de la población –como, aunque no sea necesario, suele ocurrir en la práctica–, tal legitimación hará que aquella eficacia sea más sólida y estable. Y si, todavía más allá, ese consenso es democrático, a la legitimación se añadirá la legitimidad. Ahora bien, esas salvedades no excluyen, como sin duda reconoció Bobbio, que un sistema jurídico o político pueda garantizar el orden sin estar legitimado y sin respetar los más elementales criterios democráticos ni de justicia.

En 1988 Perry Anderson concluía un artículo sobre el pensamiento de Bobbio diciendo que en su obra termina por dominar el filón del realismo conservador, siempre subsistente por debajo de sus simpatías e intenciones liberalsocialistas: entre liberalismo y socialismo, viene a decir, elige el primero, la democracia liberal tal y como funciona realmente, y con ello se orienta hacia el realismo conservador[15]. Bobbio replicó distinguiendo entre el realismo como actitud científica, que no es ni conservador ni progresista, y la ideología democrática y socialista liberal para defender su compatibilidad por encontrarse en dos planos distintos[16]. Y otras interpretaciones han intentado salvar a Bobbio de la acusación de Anderson. Así, Michelangelo Bovero terció en la anterior polémica, para negar la tesis de Anderson mediante una argumentación más compleja que la de Bobbio, basada en la distinción entre un realismo metodológico (coincidente con la actitud científica o descriptiva indicada por Bobbio), un realismo ontológico, que afirma a la vez la perversidad radical de la esfera política y su incomunicabilidad con la moral, y, en fin, un realismo práctico, como intento de justificación

---

[14] La idea ha sido destacada como la mayor enseñanza de Bobbio por Luigi Ferrajoli, "Ai pessimisti dico (con Bobbio): il diritto lo fanno gli uomini", *Reset,* n. 74, 2002, p. 94.

[15] Cf. "The Affinities of Norberto Bobbio", *New Left Review*, 170, julio-agosto 1988, pp. 26-35. Con todo, Anderson ha hecho recientemente una síntesis más matizada, que comparto, diciendo que el equilibrio entre el realismo conservador de Bobbio y sus hilos liberal y socialista "no ha sido nunca estable" ("Arms and Rights. Rawls, Habermas and Bobbio in an Age of War", *New Left Review*, 31, enero-febrero 2005, p. 35).

[16] Cf. "Un carteggio tra Norberto Bobbio e Perry Anderson", *Teoria politica*, nn. 2-3, 1989, p. 294, trad. cast. de José F. Fernández Santillán, "Epistolario polémico", *Nexos. Sociedad. Ciencia. Literatura* (México), n. 154, octubre 1990, p. 65; así como "Epílogo para españoles" cit., p. 317-318; en *De senectute*... cit., pp. 153-154, trad. cast, pp. 190-191. La misma idea de Bobbio en Fulvio Cerutti, "Kantiano nel cuore, hobbesiano nello sguardo", *ibidem,* pp. 89-91.

del poder al margen de la moral. Bovero basa su negación de la tesis de Anderson y su disolución de la paradoja del realismo insatisfecho de Bobbio argumentando que junto a su decidido realismo metodológico, no hay en él un "riguroso" realismo ontológico ni un "completo e incondicionado" realismo práctico[17]. En fin, en una nueva interpretación que pretende salvar las paradojas bobianas a costa de reconocer otra, Elías Díaz ha tratado de arrinconar al Bobbio dualista poniéndole enfrente al Bobbio filósofo práctico y socialista democrático[18].

Sin embargo, aun sin compartir la reducción de Anderson, me parece que la paradoja del realista ilustrado es más resistente de lo que las interpretaciones anteriores suponen. En realidad, Bobbio ha sido realista no sólo en su actitud científca o en un sentido metodológico, y no de forma marginal[19]. No se puede relegar a los márgenes de su pensamiento su confesión de haber aprendido "la lección de Hobbes y de De Maistre, de Maquiavelo de Marx"[20], ni su esencial visión de la política como sometida a un código moral diferente[21], ni, en fin (pero la enumeración podría seguir), su imagen del

---

[17] Cf.»Il realismo? Ben venga, purché sia «insoddisfatto»", *Reset*, n. 74, 2002, pp. 84-86.

[18] Cf. "¿Bobbio *versus* Bobbio?: las limitaciones internas del dualismo analítico", en *Los viejos maestros. La reconstrucción de la razón*, Madrid, Alianza, 1994, cap. VIII; y (diferente a pesar de la coincidencia de título) "Bobbio *versus* Bobbio", en *Diritto e democrazia nella filosofia di Norberto Bobbio* cit., pp. 255-255; así como "Norberto Bobbio: bases realistas para el socialismo democrático", en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* cit., pp. 213-235.

[19] Así lo reconoce el propio Bovero no sólo, limitadamente, en»Il realismo?..." cit., p. 86 (al igual que, también limitadamente, en»Vi spiego come ha sempre difeso la pace senza essere pacifista", *Reset,* n. 74, 2002, p. 86), sino sobre todo, más francamente, en su "Introduzione" a *TGP*, pp. XXXVIII y XLVIIIss, trad. cast., p. 39-40 y 50ss, donde se ofrece una interpretación del dualismo bobbiano que me resulta más convincente que la que recojo en el texto.

[20] "Cultura vecchia e politica nuova" (1955), en *Politica e cultura* cit. (vid. *supra*, cap. I, nota 1), p. 202.

[21] Pero junto a ese reconocimiento, que viene a negar con argumentos realistas la solución del pleno sometimiento de la moral a la política, Bobbio no sólo no ha dejado nunca de aplicar criterios morales a la política, sino también de defender teóricamente su pertinencia. Para el primer enfoque cf. "Due codici differenti ma necessari" (1978), en *Le ideologie e il potere in crisi. Pluralismo, democrazia, socialismo, comunismo, terza via e terza forza*, Florencia, Le Monnier, 1981, pp. 100ss, trad. cast. de Juana Bignozzi, *Las ideologías y el poder en crisis. Pluralismo, democracia, socialismo, comunismo, tercera vía y tercera fuerza*, Barcelona, Ariel, pp. 100-103; así como, con más matices, "La morale si ridesta davanti alla violenza" (1979), *ibidem*, pp. 108ss, trad. cast., pp. 107ss; también "Etica e politica" (1984 y 1986), en *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milán, Pratiche Editrice, 1998, pp. 82-85; hay trad. cast. de F. J. Ansuátegui y J. M. Rodríguez Uribes, *Elogio de la templanza y otros escritos morales*, Madrid, Temas de Hoy, p. 1997, pp. 132-135; recogido también en *TGP*, pp. 144-146; trad. cast., pp. 219-221. Para el segundo enfoque, por ejemplo, cf. "La politica non può assolvere il delitto" (1979); o "La morale politica è speciale. Anche l'immoralità", *Nuova società,* 185, 1981, pp. 19-20. Sobre el tema, cf. mi *Filosofía y Derecho en Norberto Bobbio* cit., § 27; y

hombre, more hobbesiano, como animal violento, pasional y engañador[22]. Ahora bien, ese realismo no sepulta, ni mucho menos cancela, los ideales éticos de Bobbio. Simplemente, ante el contraste entre "los ideales y la vil materia"[23], como he argumentado en otro lugar, la tensión emerge no sólo entre el plano de su razón y el de su voluntad, sino también dentro de cada uno de esos dos planos[24]. Al fin y al cabo, Bobbio no era de una sola pieza. Y afortunadamente, porque ello ha hecho más interesante y fecunda su obra[25]. Sea como sea, la confianza que soporta los ideales de Bobbio, nunca ingenua ni garantizada sino laica, no se encuentra tanto donde a Anderson le parece necesario, en el cambio de las personas a través de la educación, como, si acaso –y ello me parece más realista a la vista de la historia y el fracaso esencial de todas las religiones–, más bien antes a través del control de ciertas instituciones. Eso puede ayudar a explicar también por qué Derecho y poder político son tan centrales en su obra.

Eusebio Fernández, "Ética y politica. Sobre la necesidad, decadencia y grandeza del gobierno de las leyes", en *La figura y el pensamiento de Norberto Bobbio* cit., pp. 201-211.

[22] La descripción es del propio Bovero, en su "Introduzione" a *TGP*, p. LVII, trad. cast., p. 59.

[23] La expresión "gli ideali e la rozza materia", tomada de *El doctor Zivago*, es utilizada y explicada por Bobbio en el § 3 de "Il futuro della democrazia" (1984), en *Il futuro della democrazia*, Turín, Einaudi, 1984; trad. cast. de Juan Moreno, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza y Janés, 1985 (donde se traduce "rozza" por "tosca").

[24] Cf. A. Ruiz Miguel, "Bobbio: Las paradojas de un pensamiento en tensión" cit., §§ 2 y 3.

[25] Coincido en esto decididamente con Eusebio Fernández ("Ética y politica…" cit., p. 209) y con Danilo Zolo ("Machiavelli o Kant? Ecco il (falso) problema", *Reset*, n. 74, 2002, p. 54).

NORBERTO BOBBIO: ESTADO DE DERECHO Y DEMOCRACIA*

Richard Bellamy

RESUMEN. Un tema central del pensamiento de Bobbio fue la interconexión entre derecho y política. Él consideraba el derecho como un artefacto humano, institucional. A mi entender, este reconocimiento del carácter artificial del derecho explica en gran parte la fascinación que Hobbes le inspiró durante toda su vida. Ahora bien, Bobbio no llegó a afrontar las plenas consecuencias del desafío hobbesiano. Siempre cedió a las tentaciones de una inclinación naturalista o kantiana a otorgar primacía sobre la política a un derecho preexistente. Pero si el desafío de Hobbes es sólido, éste no puede ser el caso. El desafío sólo lo podemos vencer si consideramos el derecho como el resultado de algún tipo de política democrática. En cuyo caso, las reglas del juego democrático deben ser consideradas como intrínsecas a una sociedad y a una praxis democrática más que como normas legales o constitucionales preexistentes.

ABSTRACT. One of the main themes in Bobbio´s thought was the connection between law and politics. Bobbio saw law as institutional, a human artefact. As I see it, it is this recognition of the artificial nature of law which largely explains the fascination that Hobbes inspired in him throughout his life. It is true, however, that Bobbio never faced up to the full consequences of the hobbesian challenge. He always gave in to the temptation to follow a naturalistic or kantian tendency, which led him to give greater importance to a pre-existing law than to politics. However, if Hobbes´ challenge is strong, this cannot be the case. The challenge can only be overcome if we see law as being the result of some kind of democratic politics. If this is so, the rules of the democratic game should be seen more as rules inherent in a society and in a democratic praxis than as pre-existing legal or constitutional norms.

* El original lleva el título de: *Norberto Bobbio: The Rule of Law and the Rule of Democracy*, con un juego de palabras que la traducción no puede conservar.

Un rasgo característico de la obra de Norberto Bobbio fueron las conexiones que estableció entre teoría del derecho y teoría política, especialmente en sus últimos escritos. Ahora bien, aun cuando Bobbio apreció plenamente el carácter interrelacionado de derecho y política, en su pensamiento nunca dejó de estar presente una tensión entre ambos, que subyace también en el núcleo de su caracterización de democracia en términos de ciertas "reglas del juego".[1] Esa tensión tiene su origen en lo que denominaré el desafío de Hobbes, y tiene que ver con hasta qué punto el derecho puede regularse a sí mismo. Si el estado de derecho (*the rule of law*) solo puede ponerse en práctica a través del gobierno de las personas, entonces el definir la democracia tratando de reducirla a un conjunto de normas plantea una paradoja, pues ¿quién debe decidir cuáles son esas reglas?: ¿ciudadanos que actúen conforme a procedimientos democráticos establecidos?, ¿los tribunales?, ¿algún otro organismo? Sea cual sea el organismo o la figura elegidos, el Gobierno de las Leyes (*the Rule of Law*) se verá desplazado por el gobierno de la persona o personas que deciden cuáles son las reglas o las leyes.

Durante toda su vida Bobbio sintió fascinación por Hobbes[2], y también gustaba de antinomias y paradojas, especialmente en su famosa caracterización de las ´promesas incumplidas de la democracia´.[3] Pero lo cierto es que nunca llegó a afrontar esta espinosa cuestión. Y sin embargo, para los demócratas resulta crucial el hacerlo. Si una primera razón para adoptar la democracia reside en la teoría platónica de lo que Dahl denomina ´Incapacidad de los guardianes para convencer´[4], ¿entonces es que las reglas del juego democrático sin duda deben estar sometidas, a su vez, a protección y vigilancia democráticas? No está nada claro que Bobbio hubiera aceptado esta conclusión. Él percibió con acierto que nunca ha existido democracia sin esa defensa de los derechos humanos que, en gran parte, la anima. Pero esto no equivale a decir que todas las democracias liberales sean necesariamente democracias constitucionales: de hecho, muchas no lo son.

No obstante, él parece haber asumido que tienen que serlo.

El error fundamental de Bobbio a este respecto consistió en considerar la democracia en términos hobbesianos como una forma (imperfecta) de soberanía popular. En realidad, se trata más bien de un proceso antihobbesiano que lo que pretende es de-soberanizar la soberanía a base de situar a todos

[1] N. Bobbio, *The Future of Democracy: A Defence of the Rules of the Game*, trad. de R. Friffen, ed. e introd. de Richard Bellamy, Cambridge, Polity Press, 1987.

[2] Ver los ensayos recopilados en N. Bobbio, *Thomas Hobbes*, Turín, Einaudi, 1989.

[3] Bobbio, *The Future of Democracy*, pp. 26-41.

[4] R. A. Dahl, *Democracy and its Critics*, New Haven, Yale University Press, 1989, cap. 4.

los ciudadanos como iguales los unos a los otros en tanto que son por igual autores del derecho –mediante sus representantes electos, se entiende– y por igual están sometidos él. En otras palabras, la democracia es una forma del gobierno de las personas que contiene la noción central de Estado de Derecho (*Rule of Law*) como algo que trata a todos como iguales. Para mostrar por qué esto es así necesitamos delinear el desafío hobbesiano y, a continuación, explorar cómo la democracia proporciona la solución más adecuada.

El desafío hobbesiano al Estado de Derecho

Si estuviéramos gobernados por reyes filósofos que simplemente descubrieran el derecho a través de su devoción por la verdad y la justicia, y de quienes tuviéramos la seguridad de que lo aplicarían con una angélica rectitud y una omnisciencia divina, el Estado de Derecho no plantearía ningún problema. Los actores del Derecho, llamémosles monarcas, legisladores o jueces, estarían libres tanto de incertidumbres como de los sesgos que animan la política. Actuarían como meros portavoces de una sabiduría superior, ofreciendo soluciones infaliblemente justas, capaces de armonizar el interés de los individuos con el interés público. Obviamente esto es una fantasía; y, sin embargo, muchas versiones del Estado de Derecho propenden a abrazarla. Donde radica el peligro es en los gobernantes potencialmente malos. Depositemos las buenas leyes en la constitución como reliquias en un relicario, confiemos su custodia a una casta especial de guardianes de la ley, y el gobierno de los hombres podrá quedar subordinado al Estado de Derecho (*Rule of Law*).

Por desgracia esta solución incurre en la petición de principio que subyace en el núcleo del problema. Tal como señalaba Joseph Raz en un ensayo clásico, ciertas caracterizaciones del Estado de Derecho emplean esta expresión como una fórmula donde todo cabe, apta para justificar cualquier objetivo político deseable que se quiera ver promulgado. Como ejemplo de este enfoque, cita la equivalencia establecida por el Congreso Internacional de Juristas entre Estado de Derecho y creación y mantenimiento de "las condiciones que salvaguardarán la dignidad del hombre como individuo": un requerimiento que incluye "no sólo el reconocimiento de sus derechos civiles y políticos, sino también el establecimiento de aquellas tradiciones sociales, económicas, educativas y culturales que son esenciales para el desarrollo pleno de su personalidad."[5] Pero, lógicamente, los seres humanos discrepan sobre la noción de lo correcto (*right*) y lo bueno. Mientras la mayoría estará conforme en que el objetivo general de la declaración del CIJ

[5] J. Raz, *The Authority of Law*, Oxford, Clarendon Press, 1979, pp. 210-211.

no admite excepciones, muchos disentirán a propósito de en qué consiste la dignidad humana, y cuáles son sus requisitos. Y también polemizarán sobre las diferentes maneras en que tales aspiraciones se pueden cumplir mediante el expediente de hacer a todos iguales ante la ley, incluyendo qué procedimientos formales y sustanciales y qué títulos será necesario establecer. Así pues, si el Estado de Derecho depende del acuerdo sobre estas controvertidas cuestiones, entonces esto plantea la petición de principio de a quién corresponde decidir cuál de los puntos de vista debe prevalecer (o, alternativamente, qué clase de acuerdo entre ellos se debe alcanzar).

Un enfoque más formal, que tentó a Bobbio en sus escritos más tempranos sobre derecho,[6] se propone vencer esas dificultades[7]. La estrategia se centra en los beneficios, los valores y las restricciones que son inherentes a la mera existencia de las formas y los procedimientos jurídicos. Después de todo, a menudo las personas acatan unas leyes con las que están disconformes sencillamente porque reconocen las ventajas de vivir en un entorno gobernado por el derecho. El derecho facilita la interacción social y contribuye a controlar el abuso de poder. Y, por añadidura, también proporciona procedimientos regulares para que aquellas leyes y decisiones que susciten descontento se puedan cuestionar y modificar. Ninguna de estas consideraciones implica por necesidad un acuerdo sustancial sobre la bondad del derecho. No obstante, a la hora de proteger contra la opresión y el autoritarismo, la legalidad *per se* sólo puede desempeñar un papel muy limitado: incluso las dictaduras, en la medida en que son regímenes, en cierto grado son regímenes legales. Para evitar que haya leyes opresoras y autoritarias no basta sólo con que haya leyes; lo que hace falta son buenas leyes. Ahora bien, tampoco las buenas leyes pueden regularse a sí mismas; tienen que ser promulgadas, y no se puede esperar de ellas ni que cubran todas las eventualidades posibles ni que guíen infaliblemente a los encargados de aplicarlas para obtener la respuesta correcta.

¿Nos remite esto de nuevo al dilema original de confiar en personas buenas para que nos provean de leyes buenas? La pregunta nos lleva al desafío de Hobbes. Dicho crudamente, Hobbes argumentaba que en circunstancias de intereses encontrados y de discrepancias profundas sobre valores y juicios, las leyes sólo se elaborarían y se aplicarían con equidad y con coherencia por todos los individuos que compartieran un mismo temor hacia un soberano situado por encima del derecho y cuyo poder fuera abso-

[6] N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Torino, Giappichelli, 1958.

[7] Para la contraposición entre los enfoques ´formal´ y ´sustantivo´, ver P. Craig, ´Formal and Substantive Conceptions of the Rule of Law: An Analytical Framework´, *Public Law* (1997), pp. 467-87.

luto. Para empezar, el significado de las leyes rara vez está claro, de modo que "todas las leyes, escritas y no escritas, necesitan interpretación"; y esas interpretaciones suelen ser controvertidas. Incluso cuando el significado de las leyes está claro, su aplicación a situaciones particulares suele no estarlo, generándose así una nueva fuente de controversia. E, indudablemente, aun en el caso de que pudieran estar delimitadas con absoluta claridad respecto a su significado y respecto a su aplicación, el egoísmo, la parcialidad y la pasión pueden inducir a los hombres a utilizar las leyes en beneficio propio, lo que originará conflictos entre ellos. Hobbes pensaba que estas dificultades surgen lo mismo con los hipotéticos imperativos de la Ley Natural que con las leyes humanas. Así que las leyes y normas, por sí mismas, no proporcionan la base para la cooperación social. Antes bien, una sociedad en paz es el resultado de que haya una autoridad política investida del poder para formular, interpretar y aplicar las leyes y -primordial- de prevalecer sobre las perspectivas rivales a la hora de aplicarlas a cada caso determinado. Para Hobbes, la pretensión de que las leyes puedan situarse por encima de esa persona o personas soberanas con facultad para promulgarlas y aplicarlas era incoherente. Ello solo puede significar el que haya que instituir un nuevo poder capaz de juzgar y de ejecutar esas leyes, ´lo cual es crear un nuevo Soberano´, cosa que nos conduciría a un repetición sin fin dada la necesidad ´por la misma razón, de un tercero, que castigue al segundo; y así sucesivamente sin límite, hasta la confusión, y la disolución del Estado (*Common-wealth*).[8] Según este enfoque, el derecho no sólo está sujeto al cuestionamiento político, sino que es intrínsecamente político desde el momento en que se trata de una creación de la autoridad política.

Naturalmente, tal como observó H L Hart, el gobierno del soberano en parte es reconocido porque tiene fundamentos legales. Según su propia terminología, necesitamos reglas ´secundarias´ de reconocimiento para identificar qué cuenta como derecho, lo mismo que necesitamos reglas o leyes ´primarias´ que son creadas dentro de un sistema legal reconocido.[9] Entre estas reglas secundarias están las que identifican al soberano como aquel que está autorizado para decidir lo que es derecho. Tales reglas ciertamente establecen sobre el derecho de los individuos una restricción legal, pero no necesariamente muy fuerte. No es justo que los tiranos tengan el hábito de asegurarse la legitimación legal para su gobierno después de la toma del poder, y no antes de esta. Políticos de toda condición pretenden con frecuencia que el Estado de Derecho requiere la obediencia a sus órdenes por ser las de

[8] T. Hobbes, *Leviathan*, ed. de Richard Tuck, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 169.

[9] H. L. A. Hart, *The Concept of Law*, 2ª ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 94-95.

las autoridades legalmente reconocidas. Pero si el gobierno es, por definición, la instancia autorizada por el derecho para que dicte las leyes, de esta interpretación se sigue que el Estado de Derecho (*Rule of Law*) restringe abiertamente el derecho de las personas (*rule of persons*). Decir que todas las acciones de gobierno deben basarse en el derecho resulta casi una tautología. Si derecho sólo es aquello que el gobierno conforme a derecho decreta (y sólo eso), cualquier cosa que decrete el gobierno conforme a derecho está autorizada por el derecho, y todo aquello que no esté así autorizado o decretado es ilegal, y por tanto no puede ser una acción de gobierno[10].

Desde luego, el desechar por completo este punto de vista constituiría un error. Después de todo, los tribunales británicos han hecho muchas veces un valioso trabajo al impedir que ministros y funcionarios actuaran más allá de sus atribuciones. A un gobierno (o a otro organismo) obligado a actuar dentro de y conforme a unos poderes legalmente delimitados se le puede exigir que rinda cuentas de una forma que en cambio no es posible aplicar a personas u organismos sobre los cuales no pesa esta constricción. El gobierno de los ricos y socialmente influyentes, el de la mafia o el del populacho dejan ver, cada uno a su modo, las desventajas de un gobierno sin derecho en comparación con uno de derecho. Pero el desafío de Hobbes surge de nuevo en cuanto algún organismo integrado por personas, trátese de jueces o de políticos, tiene que decidir si el gobierno ha violado las reglas. Y, por más que ese organismo también estará constituido legalmente, en algún punto una persona o un grupo de ellas gozarán de competencia para decidir cuestiones que atañen a su propia competencia[11]. Entretanto, sigue en pie un conjunto de problemas subyacentes, a saber: ¿por qué los poderosos habrían de aceptar el estar vinculados ellos en primer lugar por esa obligación, a menos que el hacerlo redundara en su propio interés?, ¿y de qué modo pueden las formas legales de legislación y de jurisdicción asegurar que prevalece el derecho más que la voluntad de quienes están facultados para tomar decisiones?

---

[10] Raz, *The Authority of Law*, pp. 212-13.

[11] En ocasiones se argumenta que una caracterización democrática del Estado de Derecho (*Rule of Law*) requiere un tribunal constitucional o similar que vele por los derechos y procedimientos intrínsecos a la democracia (e. g. por J. H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980, y en términos más cualificados, por R. Dworkin, ´Political Judges and the Rule of Law´ en *A Matter of Principle*, Oxford, Clarendon Press, 1986, cap. 1). Sin embargo, al menos una razón por la que esta propuesta resulta insatisfactoria es la de que esos criterios son tan discutibles como cualquier otra ley o derecho, de modo que dejar su protección en manos de un tribunal está sometido a dificultades paralelas y, por tanto, nuevamente al desafío de Hobbes. Ofrezco una crítica detallada de esta tesis en R. Bellamy, *Political Constitutionalism*, Cambridge, Cambridge University Press, próxima publicación, cap. 3.

Así pues, el dilema central que el Estado de Derecho plantea es cómo disfrutar del beneficio de la legalidad al tiempo que se supera el desafío de Hobbes. El derecho no puede regir sin legisladores y sin jueces. ¿Puede el gobierno de los hombres verse modificado por el Estado de Derecho, cuando son por necesidad los individuos los instrumentos a través de los cuales actúa? Se suele afirmar que el gobernar conforme a derecho implica que aquellos que lo elaboran y lo aplican están obligados a su vez a someterse a él de alguna forma. La fidelidad al derecho es un aspecto intrínseco de un sistema jurídico coherente, y para eso la tarea de legislar y la de juzgar deben poseer ciertas cualidades deseables[12]. Pero esta visión acaba por resultar peligrosamente cercana a la fantasía de un sistema de buenas leyes bajo la jurisdicción de benéficos reyes filósofos.

De una forma o de otra, donde debe ser atacado el desafío de Hobbes es en su corazón: en el problema del gobernante soberano. Y esto es precisamente lo que la democracia intenta hacer, según he intentado exponer brevemente. Pues bien, la caracterización bobbiana de la democracia en términos legalistas como ´las reglas del juego´ simplemente reintroduce el desafío de Hobbes, lejos de resolverlo; porque ¿quién decide cuáles son esas reglas? Definir la democracia como ´las reglas del juego´ es, en el mejor de los casos, tautológico, puesto que cualquier praxis implica unas reglas; y en el peor de los casos, es entender mal las fuentes y los propósitos de la democracia.

La Democracia y el Estado de Derecho

Con una cierta desorientación, a veces se identifica democracia con soberanía popular, queriendo dar a entender el gobierno mediante la voluntad de un grupo homogéneo. Éste es el punto de vista que Bobbio ansiaba por encima de todo criticar como impracticable e incoherente. Pero, tal como han mostrado modernos analistas,[13] la democracia se entiende mejor como un mecanismo mediante el cual los diversos grupos que se encuentran en una comunidad dirimen sus discrepancias y se ponen provisionalmente de acuerdo sobre una definición de las reglas común para todos. Sin un cierto grado de pluralismo social no hay democracia, pues es esta circunstancia social la que obliga a las personas a que convengan en gobernar y ser gobernados alternativamente, compartiendo el poder unos con otros a partir de una base equitativa. Sólo pueden gobernar mediante la cooperación con los demás, construyendo una mayoría a través de coaliciones diversas formadas por minorías diferentes. Sin desacuerdo, pues, la democracia no tiene caso, pues su cometido es ofrecer un procedimiento imparcial para que resolvamos

[12] Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, New Haven, Yale University Press, 1964, cap. 2.

[13] R. A. Dahl, *Democracy and its Critics*, cap. 16.

nuestras diferencias allí donde es necesaria una norma común. En un escenario así, es el proceso democrático, no el pueblo *per se*, el que es autoritativo. La soberanía existe no en el demos sino en los procedimientos para votar.

De acuerdo con esta tesis, el Estado de Derecho es simplemente la organización democrática de la elaboración del derecho. Pues consiste en la obligación de votar en pie de igualdad con los otros, en acatar los resultados también en el caso de que uno mismo haya votado en contra; nociones, en fin, medulares dentro de la democracia, que resumen el significado fundamental del Estado de Derecho: que las leyes deben ser equitativas y deben aplicarse a todos por igual. Como observaba James Harrington, el republicano inglés gran crítico de Hobbes, sólo cuando todos sean iguales tocante a la elaboración de las leyes éstas serán ´conformadas por todos los individuos con ningún otro objetivo (o tendrán que responder ante sí mismos) que el de proteger la libertad de cada hombre´.[14] Y este ´o tendrán que responder ante sí mismos´ indica que lo que asegura que la democracia realiza su función no son sus reglas -desde el momento en que estas necesitan igualmente estar sujetas a vigilancia y revisión democráticas- sino la participación política de los ciudadanos.

Conclusión

Para concluir: un tema central del pensamiento de Bobbio fue la interconexión entre derecho y política. Él consideraba el derecho como un artefacto humano, institucional. A mi entender, este reconocimiento del carácter artificial del derecho explica en gran parte la fascinación que Hobbes le inspiró durante toda su vida. Ahora bien, Bobbio no llegó a afrontar las plenas consecuencias del desafío hobbesiano. Siempre cedió a las tentaciones de una inclinación naturalista o kantiana a otorgar primacía sobre la política a un derecho preexistente. Pero si el desafío de Hobbes es sólido, éste no puede ser el caso. El desafío sólo lo podemos vencer si consideramos el derecho como el resultado de algún tipo de política democrática. En cuyo caso, las reglas del juego democrático deben ser consideradas como intrínsecas a una sociedad y a una praxis democrática más que como normas legales o constitucionales preexistentes.

(Trad. de Luisa Juanatey)

[14] J. Harrington, *The Commonwealth of Oceana*, ed. de J. G. A. Pocock, Cambridge, CUP, 1992, p. 20, y ver Skinner, *Liberty*, pp. 74-77.

BOBBIO Y EL HOLOCAUSTO

Un capítulo de su reflexión sobre los derechos humanos: el texto *"Quindici anni dopo"* y sus desdoblamientos

Celso Lafer
Universidad de San Pablo

RESUMEN. El autor trata de rescatar la importancia de uno de los textos menos conocidos y de más difícil acceso de Norberto Bobbio: *"Quindici anni dopo"*, texto que contiene el discurso que Bobbio pronunció en la sinagoga de Turín el 10 de enero de 1960, como muestra de solidaridad con la comunidad judía. En *"Quindici anni dopo"* Bobbio aborda "el problema del mal" o "el horror y la perplejidad ante la descartabilidad del ser humano engendrada por el racismo del totalitarismo nazi". El Holocausto, el mayor crimen conocido, plantea al pensamiento del filósofo italiano varias interrogantes: la ausencia de referentes para contrastar el genocidio organizado, cuyo único fin –a diferencia de la guerra, por ejemplo- es el exterminio; la dificultad de explicar el genocidio con las categorías tradicionales del pensamiento, debido a su gratuidad, a la imposibilidad de clasificarlo entre los motivos humanos corrientes y a no ser el producto de un estado de excepción; y la naturaleza del prejuicio y el racismo.

ABSTRACT. The author seeks to recuperate the importance of one of Norberto Bobbio´s least known and most inaccessible texts: "Quindici anni dopo", which contains the speech made by Bobbio, as a token of his solidarity with the jewish community, in Turin synagogue on January 10th, 1960. In "Quindici anni dopo" Bobbio deals with "the problem of evil" or "the horror and the perplexity when faced with the negation of the human being brought about by the racism of nazi totalitarianism". The Holocaust, the greatest known crime, presents the Italian philosopher´s thinking with a number of questions: the absence of references with which to compare organized genocide which, unlike war, for example, has only one end, extermination; the difficulty when seeking to explain genocide using the traditional categories of thought, because it is gratuitous, because it is impossible to classify among the usual human motives and because of the fact that it is not the product of a state of emergency; and because of the nature of prejudice and racism.

I

En el recorrido intelectual de Norberto Bobbio los derechos humanos son un tema de primera importancia. En su reflexión se valió del método de las aproximaciones sucesivas y, de manera multidisciplinar, de los conceptos de los distintos campos a los que se dedicó. Por esta razón, en sus estudios convergen explícitamente el gran teórico del Derecho, de la política y de las relaciones internacionales, sin que falte además el intelectual militante que se dedicó a salvaguardar la cultura de los fanatismos políticos.

En *L'età dei diritti* Bobbio destaca, a la manera de Kant, que uno de las signos positivos de nuestro tiempo es la importancia creciente que se atribuye al reconocimiento de los derechos humanos. Este reconocimiento es producto del refuerzo mutuo de los procesos históricos de positivación, generalización, internacionalización y especificación de la tutela jurídica de los derechos humanos. El hito inicial de la afirmación universal y positiva de los derechos humanos fue la Declaración de 1948, que incluyó los derechos humanos en la agenda internacional como un tema global. Para Bobbio, el antecedente conceptual de esta dimensión extensiva es el kantiano *jus cosmopoliticum*, que anticipaba el momento en que la violación del Derecho ocurrida en una parte de la tierra sería sentida en todas las demás. En la discusión del proceso de especificación, Bobbio observa que se trata de una profundización de la tutela que deja de tomar en cuenta sólo a los destinatarios genéricos –el ser humano, el ciudadano–, objeto del proceso de generalización, para ocuparse del ser en situaciones concretas. Uno de los ejemplos que da de la especificación en el plano internacional es la Convención de la ONU de 1965 para la eliminación de todas las formas de discriminación racial. Bobbio también hace hincapié en la importancia de la Convención para la prevención y represión del crimen de genocidio de 1948, que extiende a un grupo humano considerado en su conjunto el alcance de los artículos 3, 4 y 5 de la Declaración Universal con rigor de tutela penal.

La conversión de los derechos humanos en un tema global y no limitado –el proceso de la internacionalización– y algunas relevantes facetas del proceso de especificación, son el resultado de una política del Derecho cuya fuente material fue la sensibilidad axiológica del horror *erga omnes* frente al mal de la descartabilidad del ser humano, producto de lo inédito de la violencia del racismo nazi que condujo al Holocausto. Auschwitz, dice Bobbio, es uno de los acontecimientos que impone una discusión sobre el problema del mal, que él examina en *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, en sus dos vertientes: el mal activo, infligido por la violencia prepotente y sin límites del poder, y el mal pasivo, sufrido por aquellos que padecen un daño sin culpa. Bobbio discute también en *Elogio della mitezza* la naturaleza

del prejuicio y del racismo, de su fenomenología y sus ideologías, y señala que la forma más persistente de racismo conocida por los europeos es el antisemitismo.

Señalo las muy conocidas reflexiones de Bobbio[1] porque creo que tienen un importante antecedente que las ilumina y complementa. Me refiero al texto *"Quindici anni dopo"* y sus desdoblamientos, que tocaré en esta mesa redonda en su homenaje.

II

"Quindici anni dopo" es el texto del discurso pronunciado por Bobbio en la sinagoga de Turín el 10 de enero de 1960, en una manifestación de solidaridad con la comunidad judía. Fue publicado en *Risorgimento*, X, nº 1, enero de 1960, p. 8-9, y vuelto a publicar en *Rassegna mensile di Israel*, junio de 1974. Figura en la entrada nº 6007, p. 100-101, de la *Bibliografia degli Scritti di Norberto Bobbio*–1934-1993, organizada por Carlo Violi (Roma-Bari, Laterza, 1995) y no fue incluido posteriormente en antologías de ensayos de Bobbio.

Recibí la separata de la publicación de 1974 de *"Quindici anni dopo"* de manos del propio Bobbio tras el contacto personal que iniciamos con ocasión de su viaje a Brasil en 1982. En una carta que me envió desde Turín el 2 de octubre de 1982, a propósito de los temas que en aquella ocasión discutimos, uno de los cuales fue la obra de Hannah Arendt, escribió: "En estos días le he enviado dos paquetes de libros y separatas mías, que podrá eventualmente añadir al estante de su bibliteca que comprende las obras de N. B. Una curiosidad: encontará también una separata titulada *Quindici anni dopo* que recoge el discurso que hice en la sinagoga de Turín, por invitación de la Comunidad israelita de la ciudad, cuando quince años después de la guerra (en 1960) aparecieron las primeras esvásticas en las paredes de Turín (Fui encargado del discurso oficial en cuanto *no* judío)".

"Quindici anni dopo" es un texto muy relevante en el que Bobbio trata del horror y de la perplejidad ante la descartabilidad del ser humano engendrada por el racismo del totalitarismo nazi. Fue este horror y esta perplejidad lo que impulsó la positivación en el plano internacional del "derecho a tener derechos", por decirlo con las categorías de Hannah Arendt. Es en ese texto donde Bobbio discute el Holocausto con el rigor y la profundidad que

[1] Cf. Norberto Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi, 1997, p. 23, 30, 32, 45, 46, 48, 62; *Elogio della mitezza e altri scritti morali*, Milán, Linea d'Ombra, 1994, p. 145, 196, 198-199 y passim.

caracterizan su obra, en la cual incluso lo hablado es siempre "un hablar escrito y reescrito"[2].

En este texto Bobbio considera el Holocausto como una de los grandes problemas de la política y de los derechos humanos del siglo XX. El genocidio premeditado y organizado, conducido por el régimn nazi, dice, "es un hecho único en la historia, el mayor delito hasta ahora cometido de unos hombres contra otros hombres"[3]. En este sentido, Bobbio, en 1960, anticipa la tesis que sostiene Hannah Arendt en *Eichmann in Jerusalem*, publicado en 1963 y revisado en 1964, de que el Holocausto es, por su naturaleza y escala, un crimen sin precedentes ni antecedentes[4]. Nada hay, recuerda Bobbio, que se compare con el genocidio organizado y premeditado: "entre el horror de la guerra y el horror del genocidio, aunque no hubiera una diferencia de cantidad (pero seis millones de muertos son una cantidad desmesurada), hay una diferencia de naturaleza: la guerra es la eterna lucha del hombre contra el hombre llevada a cabo con medios violentos, los hombres convertidos en lobos que se devoran entre sí; la guerra puede conducir incluso al exterminio, pero su fin es la victoria, no el exterminio. *En el genocidio organizado y premeditado el exterminio ha sido fin en sí mismo"* (cursiva mía)[5].

Fue esto lo que llevó a la especificación de la Convención de la ONU para la prevención y represión del crimen de genocidio. Recuerdo que Bobbio reitera esta visión del genocidio también en un discurso pronunciado en la sinagoga de Turín el 13 de mayo de 1990, publicado inicialmente en el diario *La Repubblica* del 17 de mayo de 1990 con el título "I barbari dei Lager possono tornare..."[6], por tanto, en el año de la publicación de la primera edición de *L'età dei diritti*.

III

De ahí deriva otra gran cuestión discutida por Bobbio y que puede considerarse que integra el tema arendtiano de la ruptura. En otras palabras, la dificultad de encontrar en las tradicionales categorías del pensamiento una explicación aceptable para el genocidio, que es uno de los componentes de lo inédito del totalitarismo.

---

[2] Cf. Norberto Bobbio, Pietro Polito, Il mestieri di vivere, il mestieri di insegnare, il mestieri di scrivere–A colloquio in occasione dei novant'anni di Norberto Bobbio, *Nuova Antologia*, Fasc. 2211, julio-setiembre 1999, p. 43.

[3] Norberto Bobbio, *Quindici anni dopo*, *Rassegna mensile di Israel*, junio 1974, p. 4.

[4] Cf. Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, San Pablo, Cia. das Letras, 1988, cap. VI.

[5] Norberto Bobbio, *Quindici anni dopo*, in loc. cit. p. 4.

[6] Cf. *Bibliografia degli Scritti di Norberto Bobbio, 1934-1993*, organizada por Carlo Violi, cit. entrada 9005.

Me animo a hacer esta aproximación porque el tema de la ruptura es uno de los que traté en mi libro de 1988, *A Reconstrução dos Direitos Humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, que Bobbio conocía y al que, para mi regocijo, se refirió con generosidad en *L'età dei diritti*[7]. Dice Bobbio a propósito de la ruptura: "Una de las razones del horror que continúa suscitando en mí el genocidio nazi es que no tiene una explicación, quiero decir, una de esas explicaciones de las que habitualmente se sirven los historiadores para insertar un hecho en un contexto más general, como los intereses económicos, el deseo de poder, el prestigio nacional, los conflictos sociales, las luchas de clases, las ideologías… el no llegar a explicar su razón en términos de motivos humanos habituales nos lo hace más espantoso*"*[8].

Asimismo, Bobbio reitera este tema de la ruptura en el discurso antes mencionado del 13 de mayo de 1990 en la sinagoga de Turín, publicado en *La Reppublica* del 17 de mayo de 1990: "El genocidio de los judíos es un delito premeditado, ya anunciado en los escritos de los nazis, y escrupulosamente, científicamente ejecutado. Se destruye al enemigo para ganar la guerra. Pero la masacre de los judíos, ¿para qué debía servir? ¿para qué ha servido? En mis categorías de historiador y de hombre de razón no encuentro una respuesta a estas preguntas".

Fue el esfuerzo de buscar una respuesta a estas cuestiones lo que llevó a Bobbio a ocuparse del tema del mal en el ya mencionado ensayo incluido en *Elogio della mitezza*.

En este orden de consideraciones sobre la vigencia o no de las categorías del pensamiento, me permito recordar que, a su manera y valiéndose de las lecciones de los clásicos, Bobbio discutió en muchos textos posteriores a la publicación de *"Quindici anni dopo"* las relaciones entre ética y política y el tema de la razón de Estado. En los dos ensayos síntesis incluidos en *Elogio della mitezza*, observa Bobbio que una de las maneras de tratar esta siempre problemática relación es considerar que la afirmación no ética de la razón de Estado encuentra su justificación en la excepción a la regla, por fuerza de la necesidad, que no tiene ley sino que es ley en sí misma. Es lo que sucede en el derecho penal o en el derecho constitucional en el estado de emergencia. La doctrina de la razón de Estado afirma, así, la posibilidad de la derogación de las normas por justa causa y justifica de esta manera la contravención lícita de los gobernantes, que también se sostiene por la naturaleza especial

---

[7] *L'età dei diritti*, cit. p. XI; Celso Lafer, *A Reconstrução dos Direitos Humanos, um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, cit. cap. III y IV.

[8] Norberto Bobbio, *Quindici anni dopo*, in loc. cit. p. 5.

de la ética política como una ética especializada[9]. Lo que vuelve el horror del Holocausto aún más incomprensible es precisamente el hecho de no ser la consecuencia de un estado de necesidad. De ahí la perplejidad que produce, pues el repertorio del pensamiento no nos ofrece categorías para tratar el tema. Como dice Bobbio "es la límpida gratuidad de los campos de exterminio lo que me deja extraviado y me hace preguntar: ¿por qué? ¿qué sentido ha tenido todo esto?"[10]

Hago notar que, en su reflexión sobre el proceso Eichmann y las cuestiones jurídicas y políticas que suscitó, Hannah Arendt discute este problema en un texto de 1964, "Personal Responsibility Under Dictatorship", sólo recientemente publicado en su versión completa. Allí señala que la clásica teoría de la razón de Estado no anticipó la completa reversión de la legalidad en el régimen nazi, pues lo que caracterizó al régimen fue la normalidad de las actividades criminales. Así, los actos criminales no son una excepción a la regla justificada por un estado de necesidad, sino la propia regla de un permanente estado de excepción. Paradójicamente, es el estado de necesidad el que puede retrasar el exterminio, como en un momento fue la decisión de Himmler, que ella menciona en este contexto[11].

IV

En *"Quindici anni dopo"* Bobbio anticipa y aclara puntos de su posterior reflexión, incluida en *Elogio della mitezza*, sobre la naturaleza del prejuicio y el racismo y, más específicamente, sobre el criterio de la superioridad de una "raza" sobre otras que da a la superior "el derecho de suprimir al inferior". De esta aberración "la más destructiva históricamente ha sido la «solución final» inventada por los nazis para resolver el problema judío en el mundo"[12]. Desde el punto de vista operativo esta aberración se plasmó, como señaló Hannah Arendt, en el concepto de "enemigo objetivo", o sea, en el odio público y la lucha no contra un judío sino contra el judío en general, con independencia de la actitud o la acción de los judíos como individuos, que es característica del antisemitismo moderno por ella examinada en *The*

---

[9] Cf. Norberto Bobbio, *Elogio della mitezza*, cit. p. 67-120.

[10] Norberto Bobbio, *Quindici anni dopo*, in loc. cit. p. 5.

[11] Hannah Arendt, *Responsibility and Judgement*, edición y prólogo de Jerome Kohn, Nueva York, Schocken Books, 2003, p. 39; Giorgio Agamben entiende que el Tercer Reich puede ser considerado, del punto de vista jurídico, como un estado de excepción que duró doce años y que el totalitarismo puede ser definido como un estado de excepción instaurador de una guerra civil legal que permite la eliminación física no sólo de adversarios políticos sino de clases enteras de ciudadanos que por una razón u otra parecen no integrables en el sistema político. Cf. Giorgio Agamben, *État d'Exception*, París, Seuil, 2003, p. 11.

[12] *Elogio della mitezza*, cit. p. 130.

Origins of Totalitarianism[13]. En "*Quindici anni dopo"* Bobbio formula en los siguientes términos el odio público del racismo antisemita, inherente al concepto de "enemigo objetivo": "el odio racial, el odio no dirigido a esta o aquella persona, sino a un «genus», y por tanto a todos los que pertecen a ese «genus», con independencia de que me hayan causado algún daño". Seguidamente aclara, a propósito del genocidio: "Pero si esta es una explicación —y por mucho que busco me parece la única posible—, es también la más dura condena del nazismo: por la misma razón que el amor más algo es el amor no a esta o aquella persona querida, sino a mi prójimo, también el odio más bajo es el odio no al individuo sino a toda una raza, y por tanto a los individuos que pertenecen a ella, no por culpas de las que sean responsables sino por su descendencia"[14].

Bobbio trata esta mancha que no se lava, los "delitos que nunca se expían del todo", señalando que "no existen expiaciones colectivas. La expiación es siempre un hecho individual, como son individuales las faltas que la reclaman"[15]. En este punto, para aclarar la posición de Bobbio, me permito recurrir nuevamente al tema de la culpa y de la responsabilidad tal y como lo discutió Hannah Arendt. En sus reflexiones provocadas por el proceso Eichmann, Hannah Arendt se ocupa del tema de la culpa colectiva y en un texto de 1968 establece una diferencia –una dicotomía al modo de Bobbio– entre el sentirse culpable y la responsabilidad colectiva. La culpa (*guilt*) es personal, se refiere a actos y no a intenciones y posibilidades. Es esta la posición de Bobbio en un artículo de 1988, en el que a partir de Jaspers y, tratando de la *Schuldfrague* alemana, afirma: "No existe una culpa colectiva. La culpa colectiva, supuesto que sea lícito usar esta expresión, es siempre sólo la suma, grande o pequeña, de responsabilidades individuales"[16]. En cambio, la responsabilidad colectiva, señala Hannah Arendt, tiene otra característica. Es política e implica una preocupación que no va hacia el propio ser sino hacia el mundo. Tiene, de esta manera, la dimensión griega y romana de la virtud política de la ciudadanía, cuyo criterio es la buena conducta para el mundo en que se vive[17].

---

[13] Cf. Celso Lafer, *Hannah Arendt, Pensamento, Persuasão e Poder*, 2ª ed. revisada y ampliada, San Pablo, Paz e Terra, 2003, cap. 3; Pierre Ansart, Hannah Arendt: A obscuridade dos ódios públicos, in *A banalização da violência: a atualidade do pensamento de Hannah Arendt*, André Duarte, Christina Lopreato, Marion Brepohl de Magalhães, org. Río de Janeiro, Relume Dumará, 2004, p. 17-33.

[14] Norberto Bobbio, "*Quindici anni dopo"*, in loc. cit. p. 5.

[15] Norberto Bobbio, "*Quindici anni dopo"*, in loc. cit. p. 8.

[16] Cf. Norberto Bobbio, *L'utopia capovolta*, Turín, La Stampa, 1990, p. 125.

[17] Cf. Hannah Arendt, *Responsibility and Judgement*, cit. p. 151-153.

Es esta republicana responsabilidad política la que, teniendo en cuenta conciencia y recuerdo, Bobbio asume en la conclusión de su texto: "Nuestro deber de afirmar que no hay razas sino hombres; que el odio racial es uno de los flagelos más terribles de la humanidad; que la expresión más violenta del odio racial ha sido el hitlerismo, compartido por la mayor parte de los «buenos patriotas» alemanes; que la aparición de una esvástica es una sombra de la muerte y que allí donde reaparezca, los hombres de buena voluntad, por divididos que estén en las ideologías y en los intereses, están comprometidos a reunirse en un pacto de solidaridad para cancelarla"[18].

V

Me permito concluir este texto preparado para esta mesa redonda en homenaje a Norberto Bobbio con un hecho con una dimensión personal. Releí "*Quindici anni dopo"* a principios de 2003 y en él encontré aliento e inspiración cuando preparaba un dictamen como *amicus curiae* para el Supremo Tribunal Federal (STF) de Brasil a propósito del caso Ellwanger, en el juicio del habeas corpus 82424/RS. En el habeas corpus, este editor de Porto Alegre, de confesada orientación nazi, alegó la prescripción de la pena que se le había impuesto por el delito de práctica de racismo, por su conducta sistemática de instigación al odio racial mediante la publicación de obras antisemitas, por la denegación del hecho histórico del Holocausto y por la apología del nazismo. Recuerdo que el revisionismo de Ellwanger es del tipo que Bobbio califica, en un artículo de 1996, como negativo, "que niega, por espíritu de parte, hechos comprobados", haciendo alusión a los "historiadores" como Faurisson para los que se acuñó la categoría de revisionismo[19].

En este *leading case*, el STF concluyó el proceso del *habeas corpus* en septiembre de 2003 y, por una clara mayoría de ocho votos, confirmó la condena de Ellwanger por el crimen de práctica de racismo. Tanto en el dictamen como en varios artículos que escribí sobre el tema y en conferencias y entrevistas dadas, recurrí a la Convención para la prevención y la represión del crimen de genocidio y a la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación racial, cuya importancia Bobbio subraya en *L'età dei diritti*. Me serví también, y mucho, de la obra de Bobbio, sobre todo de *L'età dei diritti* y de *Elogio della mitezza*, y cabe señalar que los Ministros del STF hicieron innumerables referencias a Bobbio en sus fundamentaciones, lo que indica la repercusión de la recepción de su obra en Brasil. Fue lo que le relaté a Bobbio en una carta del 20 de octubre de 2003, junto con

[18] Norberto Bobbio, *Quindici anni dopo*, in loc. cit. p. 9.

[19] Norberto Bobbio, *Il dubbio e la ragione*, Turín, La Stampa, 2004, p. 85.

la cual le envié el artículo, publicado en *O Estado de S.Paulo* del 19 de octubre de 2003, en el que celebré sus 94 años con afectuosa admiración. Fue también esto lo que tuve la oportunidad de decirle, de viva voz, el 30 de noviembre, cuando lo visité por última vez en Turín, pues la solución del caso Ellwanger por parte del STF, apoyada en el Derecho, obedeció, en Brasil, a la recomendación de Bobbio sobre la esvástica como una sombra de la muerte que toca a los hombres de buena voluntad borrar en un pacto de solidaridad.

De ahí, pienso yo, la pertinencia de la discusión de "*Quindici anni dopo"* en esta mesa redonda, pues se trata de rescatar la importancia de uno de sus textos menos conocidos y de más difícil acceso. Creo que Bobbio apreciaría este rescate en esta celebración en su homenaje, pues "*Quindici anni dopo"* está en consonancia con su sensibilidad sobre el tema. En efecto, en un texto de 1978, Bobbio recuerda su juventud en Turín, su amistad con compañeros judíos y su relación con Leone Ginzburg a quien consideraba un hermano mayor y afirma: "Fue esta proximidad, ésta que he llamado afinidad electiva, a mis coetáneos la que me hizo sentir con particular intensidad, con una sensibilidad casi morbosa, la infamia de la gran hecatombe de la que los judíos fueron víctimas durante la sangrienta dominación de Hitler en Europa"[20].

(Trad. de Luisa Juanatey)

[20] *Ebrei di ieri e ebrei di oggi fronte al fascismo*, *Il Ponte*–XXXIV nº 11-12, 30 noviembre-31 diciembre 1978, p. 1314-1318.

RACIONALIDAD Y ESTÁNDARES DE PRUEBA

PRESENTACIÓN

Jordi Ferrer Beltrán
Universidad de Girona

La presente sección reproduce el debate mantenido en una mesa redonda sobre el tema "Racionalidad y estándares de prueba", celebrada el pasado mes de septiembre de 2005 en el marco del XI congreso ítalo-español de teoría del derecho.

Si el análisis teórico de los problemas vinculados a la prueba en el proceso judicial es uno de los grandes olvidados por la teoría del derecho hasta hace poco tiempo, más aún resulta casi inexistente el debate sobre la aplicación de estándares de prueba en el momento decisorio de la valoración de la prueba. Esto, claro está, en el ámbito jurídico español (y, con pocas excepciones, en el de los países de *civil law*).

Una de las dificultades que entorpecen el estudio de los temas vinculados a la prueba es seguramente su carácter marcadamente multidisciplinar. En ellos hay implicados problemas de filosofía de la ciencia y de la mente, de teoría del derecho, de epistemología, de derecho procesal, etc. Y este es, a su vez, uno de los mayores puntos de interés del debate que en lo que sigue se reproduce: participaron en él Larry Laudan (epistemólogo y filósofo de la ciencia), Marina Gascón y Juan Igartua (teóricos del derecho) y Michele Taruffo (procesalista), coordinados por Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado del Tribunal Supremo).

No quiero alargar innecesariamente esta presentación, pero sí me gustaría realizar un pequeño comentario acerca de la aportación de Laudan a este debate. Larry Laudan es, sin duda, uno de los mayores epistemólogos de los últimos cincuenta años en el ámbito científico. Desde hace algún tiempo, ha dedicado su atención a los problemas epistemológicos de la prueba judicial, centrando su interés en el estudio de las (a veces supuestas) especificidades jurídicas de la prueba frente a la valoración de la prueba propia de las ciencias. Me parece de extraordinario interés la aportación tan poco habitual que puede realizar a este estudio alguien que proviene "del otro campo", no del derecho a la ciencia, sino a la inversa. Pero aún lo son más sus métodos de estudio: el lector de sus trabajos podrá encontrar tesis bien ancladas en nuestro acervo cultural jurídico puestas en cuestión; así, la utilidad de la presunción de inocencia o de la carga de la prueba (si ya se dispone de un estándar de prueba elevado), la racionalidad de estándares de

prueba como el de "más allá de toda duda razonable" para el proceso penal, o la justificación de algunas reglas sobre la prueba que operan en nuestros sistemas jurídicos. Por supuesto, estos y otros atrevimientos pueden suscitar criticas airadas o la atribución a Laudan de una cierta ingenuidad propia de quien no tiene formación jurídica. Un análisis más atento de sus trabajos, en cambio, muestra algo muy distinto. Se trata, más bien, de la aplicación de un método científico al estudio del derecho de la prueba: formular hipótesis arriesgadas y someterlas a controles y desafíos rigurosos.

El papel del control riguroso lo han ejercido también en este debate las respuestas de tres juristas con destacado currículo en los temas que nos ocupan: Marina Gascón, Juan Igartua y Michele Taruffo. De ellos, en nuestro contexto, sobran las presentaciones. Finalmente, la sección se cierra con una réplica de Laudan a los desafíos planteados.

POR QUÉ UN ESTÁNDAR DE PRUEBA SUBJETIVO Y AMBIGUO NO ES UN ESTÁNDAR

Larry Laudan
Unam, México

RESUMEN. Un estándar intrínsicamente subjetivo no nos ofrece protección alguna contra los riesgos de las decisiones arbitrarias. En un sistema con tales estándares, pruebas que pueden convencerle a A de la culpabilidad de X no van a persuadirle a B de que X es culpable. Obviamente, no podemos esperar ni uniformidad ni justicia si cada juez utiliza sus propios criterios. En vez de utilizar estándars de prueba subjetivos, como la convicción íntima o la ausencia de una duda razonable, propongo aquí varios estándares objetivos y exigentes. Ellos son objetivos porque no dependen de los caprichos de si o no cierto juez tenga una convicción firme sobre la culpabilidad del acusado. Son exigentes porque no queremos condenar a alguien excepto que tengamos un prueba muy sólida y robusta.

ABSTRACT. An intrinsically subjective standard offers us no protection against the risks of arbitrary decisions. In a system with standards such as these, evidence which can convince A of X´s guilt will not convince B that X is guilty. Obviously, we can expect neither uniformity nor justice if each judge uses his own criteria. Instead of using subjective standards of proof, such as intimate conviction or the absence of reasonable doubt, I thus put forward a number of objective and demanding standards. They are objective because they do not depend on the whims of a judge, on whether or not a certain judge is strongly convinced of the accused´s guilt. They are demanding because we do not wish to find anybody guilty unless we have strong and solid evidence.

Una introducción meta-filosófica

No soy ni abogado ni filósofo del derecho. Lo que hago es epistemología. Inevitablemente, esta confesión requiere una *defensa* (o por lo menos una etiqueta de advertencia) porque, con excesiva frecuencia, ser epistemólogo significa estar preocupado por derrotar el escepticismo filosófico o por establecer si es el caso que 'John sabe que X' supone que 'John sabe que John sabe que X'. Seguramente quedarán aliviados al saber que estos temas *no son* los míos. Aunque algo de ese alivio puede desaparecer al descubrir que soy igualmente indiferente a preocupaciones del estilo de las de Kelsen y Hart respecto del concepto del derecho o en referencia al tema de las fuentes legítimas de la autoridad jurídica.

Mis intereses son más modestos y menos '*a priori*' que aquellos más familiares para la epistemología analítica o para la filosofía del derecho. Estoy interesado, más bien, en lo que es, en última instancia, una pregunta empírica, a saber: ¿cuán bien (o cuán mal) hacen su función los sistemas de investigación existentes?–entendidos en un sentido amplio como motores para descubrir la verdad sobre temas significativos relacionados con los seres humanos. Y, deslizándome rápidamente a lo normativo, ¿cómo podrían ser mejoradas estas prácticas para reducir el error? Durante mucho tiempo mi principal interés fue averiguar cómo funcionan las ciencias naturales en tanto que un sistema para generar el conocimiento del mundo natural. Posteriormente, mis intereses giraron hacia el derecho penal.

Comienzo con la premisa, quizás de carácter contrafáctico, de que *el objetivo principal de un juicio penal es averiguar la verdad acerca de la comisión de un supuesto delito*. Mi programa de investigación –aunque este término pueda resultar demasiado ambicioso para mis esfuerzos preliminares en este área– es explicar cómo podría estructurarse un juicio –en términos de reglas de prueba y de procedimiento–para elevar al máximo la probabilidad de que el resultado sea un fallo verdadero. Por supuesto, desearíamos también que el resultado de un juicio sea justo. No diré aquí nada acerca de esta segunda meta, salvo observar que la veracidad de los resultados es condición necesaria (aunque no siempre suficiente) de su justicia. En resumen, mis intereses se centran en lo que llamo *epistemología jurídica*.

Dado que este término no coincide exactamente con el del uso generalizado –en realidad es apenas el mismo– quizás sea útil empezar diciendo brevemente algo acerca de cómo concibo esta área de investigación que está surgiendo. Cada juicio y, más generalmente, cada sistema de justicia penal, está gobernado por tres tipos de valores: 1) Muchos de esos valores son extra-epistémicos. Entre estos podemos destacar las consideraciones de oportunidad, las relacionadas con los derechos de los acusados, los vinculados

con la transparencia y el debido proceso, y cosas por el estilo. No diré nada aquí en referencia a estos valores en tanto que ellos quedan fuera del ámbito de la epistemología jurídica. 2) Un segundo conjunto de valores que dirigen los juicios penales y las investigaciones constituyen lo que llamo el *núcleo duro de la epistemología jurídica*. El interés en éste ámbito está en reducir o aminorar la probabilidad de un juicio erróneo (donde por 'erróneo' se entiende específicamente 'falso'). Los errores principales son la condena de alguien que no cometió el delito o la absolución de aquél que sí lo hizo. El núcleo duro de la epistemología jurídica se interesa precisamente en cómo hacer para que éstos errores sean tan improbables como permita la evidencia. 3). Hay un tercer conjunto de valores, por lo menos tan importante como los otro dos, que son *quasi-epistémicos*. A falta de un mejor término, los llamo el *núcleo débil de la epistemología jurídica*. Aquí, el interés no está en la reducción de los errores sino en su *distribución* de una manera particular. Llamo a estos valores quasi-epistémicos porque, aunque ellos se centran (al igual que los valores del núcleo duro) en el control del error, sus motivos no derivan de su relación con la verdad ni con la reducción del error sino de una decisión política según la cual cierto tipo de errores es peor, menos aceptable, que otros. Aunque el epistemólogo no puede decirle al sistema jurídico cómo deben ser distribuidos estos errores, lo que sí puede hacer es ayudarlo –una vez se ha decidido el peso relativo socialmente aceptable de los errores– preocupándose por cómo puede ser satisfecho de una mejor manera este peso relativo (por ejemplo, a través de la determinación de la altura de un estándar de prueba). Muchas de las doctrinas más tradicionales o de los preceptos del derecho penal caen en este ámbito: la presunción de inocencia, la doctrina del *in dubio pro reo*, la idea de que es la acusación quién soporta totalmente la carga de la prueba, y –la más importante–el estándar de prueba.

Este artículo se sitúa sin ambigüedades en algunos temas de esta tercera categoría. Presentaré una pregunta –o mejor dicho, una serie de preguntas– acerca del núcleo débil de la epistemología jurídica. Y, aunque mi interés no estará vinculado con la reducción de los errores, al considerar los mecanismos que quizás tendríamos que utilizar para distribuirlos en la forma en que deseamos, inevitablemente, el tema de la verdad acerca de los delitos surgirá durante el análisis. Sin embargo, cualquier progreso que sea capaz de hacer en este punto no afectará al núcleo duro, esto es, a las preguntas acerca de la reducción del error y de su minimización. Éstas, las dejaré para otra oportunidad.

En concreto, quiero tratar directamente en este ensayo las siguientes cuestiones: qué es un estándar de prueba (en adelante: EdP), cómo funciona, y a qué podría parecerse un EdP conceptualmente sólido. Hacia el

final de mi trabajo, también me ocuparé de decir algo acerca de cómo este particular mecanismo para la distribución de los errores –EdP– se relaciona con un conjunto de conceptos familiares (el beneficio de la duda, la presunción de inocencia, y la carga de la prueba) los cuales, al igual que el EdP, son también instrumentos diseñados para distribuir el error antes que para reducirlo.

Las dos rutas convencionales para un EdP: la duda razonable (alias: la convicción íntima), y las probabilidades bayesianas

En este artículo, quiero recoger algunos aspectos muy generales acerca del EdP en el ámbito específico de los juicios penales. El análisis que aquí presento surge de mis esfuerzos por entender cómo funcionan estos estándares (esto es, lo que presupone, lo que traen consigo, y cómo se aplican) en la ley Anglosajona, en primer lugar, y, por razones biográficas obvias, en la ley mexicana en segundo lugar. Si la crítica que ofreceré puede ser aplicada en otras partes es algo que no estoy, por ahora, dispuesto a afirmar. Supondré, para avanzar en el tema, que el asunto que pretendo refutar se aplica de forma similar en la mayoría de los sistemas europeos de justicia penal, aunque estoy abierto a la corrección si es que he lanzado mi red demasiado lejos.

Si observamos el sistema anglosajón o el sistema continental hay, esencialmente, dos clases de discursos bastante bien definidas acerca del EdP. La primera se desarrolla principalmente en la sala, entre jueces y jurados, y en las decisiones de los tribunales de apelación. Aquí, la pauta general es configurar el EdP en términos cualitativos: desde este punto de vista, aquél a quien corresponda juzgar los hechos deberá condenar al acusado sólo en el caso en que concurra una "certeza moral" o una "certeza que va más allá de la duda razonable" de que el acusado cometió el delito. El juez espera tener una "convicción íntima" acerca de esa culpabilidad, o (como en México) tener lo que él considera una "prueba plena" de la culpa de acusado.

El otro discurso acerca del EdP tiende a ocurrir entre juristas académicos –anglosajones y continentales– cuya preferencia decidida es hablar de los EdP como si fueran (bayesianas) probabilidades posteriores. En este segundo caso, la idea es que el EdP establece un umbral de probabilidad (generalmente entre el 90% y el 95%) que debe lograrse antes de que el juzgador de los hechos esté justificado en condenar al acusado.

Estos dos discursos, el práctico y el académico, no están enteramente separados. El que llamaré "estándar de la prueba académico" ha delineado típicamente el trabajo estándar del juez sobre la base de alguna afirmación según la cual la prueba más allá de una duda razonable (en adelante: BARD)

debería ser entendida como el equivalente de un EdP del 90%[1]. Pero mientras que los académicos están felices con intentar salvar la distancia entre los dos discursos, los jueces tienden a ser reacios prefiriendo formular el EdP exclusivamente en términos no-cuantitativos[2].

No es mi objetivo procurar reconciliar estas tensiones entre un estándar cualitativo y uno cuantitativo (aunque mis propias preferencias en este asunto quedarán aclaradas en las observaciones que seguirán). Esto sería un objetivo digno de conseguir si uno o ambos de estos enfoques fueran siquiera medianamente prometedores. Pero como no es así, no lo haré. En vez de eso, sugeriré que ambos discursos se confunden sistemáticamente acerca de lo que es un EdP y acerca del trabajo que podemos esperar que un EdP haga por nosotros. Para provocar la discusión, iré tan lejos como para sugerir que los jueces y los juristas académicos no tienen más que una comprensión meramente superficial de lo que es un EdP y de por qué lo necesitamos.

La subjetividad y la ambigüedad de los estándares actuales

Los jueces americanos e inglés son fetichistas acerca de lo que les gusta llamar "confianza subjetiva". Por supuesto, oficialmente, el estándar anglosajón es el de la prueba más allá de una duda razonable antes que el de sólo una alta confianza. Pero, como he mostrado en otra parte[3], el estándar de la duda razonable ha sido cambiado más allá de lo reconocible desde su creación hace ya dos siglos. Aquello que una vez significó certeza moral y fue relacionado con la epistemología de Locke, ha sido deliberada y lentamente desplumado por la jurisprudencia americana durante el siglo XX y ahora 'más allá de una duda razonable' ha quedado reducido simplemente a un 'carecer de toda duda', esto es, a tener una alta confianza subjetiva. Hoy en día, el punto de vista oficial de la Corte Suprema es que una condición *necesaria y suficiente* para condenar al acusado en un juicio penal es una creencia firme de la culpabilidad por parte del jurado. Al creer (como los juristas del sistema continental) en una teoría de la "libre prueba", los jueces no hacen nada para indicar al jurado qué tipos de inferencias, o qué clases de evidencias, justificarían la formación de una creencia firme en la cul-

---

[1] Lawrence Tribe es una notable excepción entre los juristas académicos por su ardua resistencia a cualquier sugerencia de que el estándar de prueba puede ser intercambiado por una probabilidad.

[2] Hay importantes razones políticas, que yo no seguiré aquí, por las qué los jueces tienden a ser especialmente resistente a la sugerencia que el EdP es una probabilidad: la más importante de ellas es que tal declaración sería una admisión explícita de que el sistema está diseñado para cometer errores.

[3] Veáse LAUDAN, Larry; *Is Reasonable Doubt Reasonable?* en 9 LEGAL THEORY 295 (2003).

pabilidad del acusado. Aparentemente, todo lo que importa es si, habiendo oído toda la evidencia, la creencia de los jurados es firme y sólida. Y si no es así, entonces debe votar la absolución. Los jueces ni tan siquiera explican a los jurados lo que significa tener una duda razonable, manteniendo de manera vergonzosa que esta noción es auto-evidente. Esta tesis ha sido constantemente refutada por los numerosos pedidos de los jurados a los jueces para que expliquen lo que significa esta doctrina. Básicamente, en estas circunstancias, la duda razonable queda reducida a cualquier duda que un jurado quiera utilizar para absolver a alguien. Bajo las circunstancias es difícil decidir cuál es lo peor: la subjetividad del estándar actual o su falta de una definición clara.

La prueba de esta tesis requiere mucho más espacio del que dispongo en este trabajo. Pero, dado que ya he desarrollado este tema en otra parte, remitiré a los lectores curiosos o escépticos a mi propuesta. Simplemente la presupondré en las consideraciones que aquí realizaré sobre el lamentable estado de la discusión contemporánea de la prueba más allá de una duda razonable entre nosotros los anglosajones. (Es sintomático de la desesperación que rige la situación actual del sistema del *common law* en Inglaterra el reciente abandono del reclamo para que los jurados utilicen el estándar razonable de la duda y su reemplazo de manera oficial por el estándar de la firme convicción. Esto no es tanto un cambio en la práctica como un reconocimiento explícito de lo que la práctica existente ha llegado a ser.)

Por su parte, la versión académica del EdP anglosajón es igual de profundamente subjetiva. Supone que el jurado empieza un juicio asignando una cierta (generalmente inespecífica pero tendencialmente baja) probabilidad previa respecto de la culpabilidad del acusado. Cuando oye la evidencia y el testimonio, el jurado revisa constantemente su estimación de la probabilidad (probabilidad posterior) de culpabilidad del acusado. Al final del juicio determina si su, hasta ahora múltiples veces revisada, estimación alcanza el número especificado por el EdP (típicamente, alrededor de 0,9 o 0,95). Si este fuese el caso, entonces deberá condenar; si no, deberá absolver. Sostengo que este estándar es profundamente subjetivo porque la estimación final de la presunta culpabilidad dependerá inevitablemente, entre otras cosas, de las corazonadas subjetivas *iniciales* del jurado acerca de la culpabilidad o inocencia[4]. Los jurados que comiencen el juicio con prioridades diferentes (como son llamadas), aunque sean confrontados exactamente con la misma

[4] Para un excelente análisis de muchos de los problemas asociados con la aplicación de las probabilidades clásicas a los tipos de inferencias apropiadas a un acto jurídico véase TARUFFO, Michele, *La Prueba de los hechos*, Ed. Trota, Madrid, 2002 y COHEN, Jonathan, *Lo probable y lo demostrable* (1991).

evidencia, alcanzarán estimaciones diferentes sobre la probabilidad final de la culpa. (La modelización computacional de ciertos juicios típicos hecha, entre otros, por Robert Causey, sugiere (a) que las estimaciones hechas por jurados generalmente no convergen al final y (b) que prácticamente ninguna evidencia concebible puede desplazar una evaluación previa muy baja de la culpabilidad hacia un nivel próximo al 0,9. Así, si un jurado toma la presunción de inocencia seriamente y empieza el juicio asumiendo que la probabilidad inicial de inocencia es (digamos) 0,95, no hay virtualmente evidencia alguna que pueda cambiar plausiblemente esa estimación a 0,9 o 0,95 a favor de la culpabilidad.)

Pero, incluso si ignorásemos la cuestión de la subjetividad de las prioridades, aún hay problemas más graves frente al punto de vista de que un EdP debe entenderse en términos probabilísticas. Esto sugiere que el discurso técnico de las probabilidades no es seguramente el mejor medio para formular un EdP. Hay varias razones para pensar esto. Me centraré en dos de ellas en particular, aunque hay muchas otras (por ejemplo la demostración de Cohen de que el teorema de multiplicación del cálculo de la probabilidad no tiene sentido de la manera en que se utiliza en los juicios penales). Cualquiera de estos dos problemas, tomado aisladamente, es suficiente como para generar importantes dudas acerca de la conversión del EdP en probabilidades. Tomados conjuntamente, pienso que socavan completamente este proyecto.

Estimando las probabilidades de una creencia

El supuesto más apropiado, incluso paradigmático, de asignación de probabilidades a unas creencias surge en contextos de acontecimientos de carácter específicamente estadístico. Si sé que el catálogo de la *American Legion* organiza una rifa de un tanque excedente de la Segunda Guerra Mundial, y sé también que la rifa consistirá en 1.000 boletos, puedo decidir comprar 900. Suponiendo que la rifa sea justa, creeré que soy el probable ganador del tanque. Incluso más, seré capaz de informar de que estoy un 90% seguro de la verdad de la hipótesis según la cual pronto seré el dueño de un tanque con rancio abolengo. Aquí, la determinación cuantitativa de mi grado de confianza es una cuestión rápida dentro-de-la-envoltura del cálculo. Ahora bien, cuando nos desplazamos desde este específico tipo de hechos hacia consideraciones más amplias resulta más difícil asignar las probabilidades concretas de una creencia.

Suponga que soy jurado en un juicio por robo con arma. He escuchado muchas pruebas inculpatorias y sólo alguna exculpatoria. Habiendo oído con atención las pruebas, y habiendo pensado seriamente sobre ellas, he llegado a la conclusión de que el acusado cometió el delito. Ahora tengo que decidir si voto condenándolo o absolviéndolo. Sé que mi creencia de que el

acusado lo hizo no es, por sí misma, suficiente para decidir sobre este asunto ya que el juez me ha informado de que la mera preponderancia de pruebas no es suficiente. Podría ocurrírseme intentar determinar cuál es la probabilidad que tiene realmente la hipótesis de culpabilidad del acusado. De hecho, si el EdP del delito fue definido explícitamente en términos de probabilidades, estaré obligado a hacer tal determinación. Esto, en general, no es algo que ni yo ni la mayoría de los jurados podamos hacer con algún grado de certeza. Aunque quizás pueda decir que creo firmemente en la culpabilidad del acusado, que encontré la presentación del caso por parte de la acusación bien construida mientras que el de la defensa me pareció débil, estaría en apuros si tuviese que asignar una probabilidad de 95% o 85% o 75% a la hipótesis de la acusación conforme a la cual el acusado cometió el delito. E incluso si me sacara del sombrero algún número en concreto, se requeriría algún elemento más para poder imaginar que éste representa exactamente algo así como mi grado de creencia en la culpabilidad del acusado.

No estoy solo en esto. Si analizamos fuera del ámbito del derecho penal otras formas de investigación empírica, encontramos reticencias similares de los investigadores para asignar probabilidades específicas a sus creencias. Prácticamente todos los físicos en el mundo moderno creen que la teoría general de la relatividad de Einstein es probablemente verdadera. Sin embargo, me aventuro a pensar que *no* hay físico que pueda decirle qué probabilidad específica le asigna a la hipótesis de Einstein. Más aún, probablemente un físico estaría en apuros si tuviera que indicarle aunque sólo sea el pequeño intervalo en el que se encuentra dicha probabilidad. Por ejemplo, si usted le preguntara: "¿es la probabilidad de la teoría general mayor al 95%?" la inmensa mayoría de físicos se encogerían de hombros y le dirían que no están seguros. Pues bien, si una teoría tan bien fundada como la de Einstein, una teoría respecto de la cual los científicos han estado pensado y probando arduamente durante un siglo, goza de un amplio apoyo que no es cuantificable, ¿qué razón podemos tener para pensar que un jurado, que investigó una hipótesis en unas pocas horas (en un juicio típico) o en una pocas semanas (en uno atípico) está situado en una mejor posición que la comunidad física para decidir qué probabilidad específica le asignarían a la culpabilidad del acusado en un juicio? El eminente jurista americano, Learned Hand, afirmó que no podría decir cuál es la diferencia entre BARD (más allá de la duda razonable) y la preponderancia de la evidencia[5]. No es difícil de imaginar *su* reacción si hubiese sido conminado a asignar la probabilidad específica en el veredicto de un juicio.

[5] Véase UNDERWOOD, Barbara D., *The Thumb on the Scales of Justice: Burdens of Persuasion in Criminal Cases*, 86 YALE L.J. 1299, at 1309 (1977).

Los aficionados a la teoría de la probabilidad nos dirán que tales dificultades pueden resolverse con bastante facilidad. Pregunte simplemente a un jurado cuánto estaría dispuesto a apostar y con qué margen a que la hipótesis de la culpabilidad es verdadera. Si, según nos dicen los expertos, él apostaría $20 o más con la perspectiva de ganancia de $21 si tiene razón (perdiendo $20 si está equivocado), entonces está asignando una probabilidad cercana al 95% a la hipótesis de la culpabilidad. Sin embargo, aunque esta propuesta pueda parecer suficientemente plausible, en realidad lo único que hace es desplazar el problema de nivel. Si soy genuinamente incapaz de asignar una probabilidad a mi creencia de que el acusado es culpable, entonces nada podré decir cuando me pidan que haga una apuesta acerca de su culpabilidad.

En resumen, si el estándar de prueba fue formulado en términos de una probabilidad específica, digamos el 90% o el 95%, será casi seguro que muchos de los jurados que han decidido que el acusado cometió el delito estarán en apuros para determinar, de una manera que no sea meramente arbitraria, si su confianza en la culpabilidad satisfizo o no las demandas impuestas por ese EdP.

Pero incluso si este difícil problema pudiera resolverse, aún quedaría uno más grave acechando bajo la superficie. Este segundo problema está dirigido al núcleo de la pregunta de lo que es un EdP y de aquello que se pretende conseguir. Además, este segundo problema contagia no sólo a los estándares probabilísticos de la prueba sino también a muchos estándares no probabilísticos tales como el BARD o el de la convicción íntima. El problema en cuestión es que todos estos estándares de prueba no nos dicen nada acerca de lo que debe contar como una prueba de la culpabilidad. Sea que se especifique el estándar como BARD, como íntima convicción o como algún nivel particular de probabilidad, todos descansan en la misma equivocación. Lo que éstos les dicen al jurado o a otros juzgadores de los hechos es lo siguiente: escucha con atención el testimonio y otras evidencias en el juicio. Cuando el juicio avance tus creencias acerca de los hechos de este caso cambiarán indudablemente de varias maneras, algunas veces de forma sutil y otras de forma drástica. Al final del juicio, tendrás probablemente alguna creencia acerca de la comisión o no del delito por parte del acusado. Si crees que él no cometió el crimen, entonces por supuesto debes absolverlo. Pero, si crees que él lo cometió, deberás hacerte una pregunta adicional. Si el estándar en ese lugar es el BARD, la pregunta se reduce a esto: ¿estás completamente persuadido de que él lo cometió? Si, por el contrario, han sido los abogados académicos los que han impuesto su forma de entender el estándar y han establecido que éste es del 90%, la pregunta que debes hacerte será: ¿tu evaluación de la probabilidad de culpabilidad es mayor del 90%? Si el jurado puede contestar afirmativamente cualquier de estas preguntas,

debe condenar al acusado. En otro caso, deberá absolverlo. Para avanzar con el argumento, concederé al subjetivista que los jurados pueden decir si están firmemente persuadidos o si han asignado una probabilidad mayor del 90% a la hipótesis de la culpabilidad. Aún así, esto sería en vano.

La sencilla familiaridad de esta imagen hace difícil dar un par de pasos hacia atrás y reconocer lo extraña que es esta historia**.** Y nada de esto resulta más peculiar que el hecho de ofrecer un EdP que no está *fundamentado-libremente*. En vez de eso, el sistema lo único que les dice a los juzgadores de los hechos es lo siguiente: al final del juicio, piense detenidamente acerca de la evidencia; observe cuál es el nivel de confianza que ha alcanzado acerca de la culpabilidad del acusado; y, si usted está realmente seguro de que él cometió el crimen, entonces debe condenarlo; si, por el contrario, usted está algo menos que profundamente persuadido, absuélvalo.

No me andaré con rodeos, esto es una parodia de un sistema de prueba. Un EdP –en cualquier ámbito fuera del derecho en que se reclamen las pruebas (incluyendo las ciencias naturales, los ensayos clínicos en la medicina, las matemáticas, los estudios epidemiológicos, etcétera)– tiene la intención de indicar al investigador o aquel que se está cuestionando cuándo está autorizado a considerar algo como probado, esto es, cuándo la relación entre la prueba o las premisas justifica la aceptación de la conclusión como probada para los propósitos pretendidos. En el derecho penal, por el contrario, esta cuestión es ignorada enteramente o sorteada descaradamente mediante algunos trucos. En vez de especificar que el nivel de confianza del jurado respecto de la culpabilidad debe depender del ofrecimiento de una prueba firme, el derecho penal hace que el EdP sea parasitario del nivel de confianza que el investigador (esto es el jurado) tiene respecto de la culpabilidad del acusado. Tenemos una prueba, dice la ley, con tal que los jurados estén totalmente persuadidos de la culpabilidad del acusado o con tal que ellos le asignen una probabilidad mayor que X, en donde X es el EdP probabilístico. En cualquier caso, cuando el jurado haya llegado a un algo grado de confianza, tendremos una prueba. Esto es poner las cosas precisamente al revés.

En caso de que no resulte claro por qué esto pervierte el orden lógico de las cosas, imagínese que les dijésemos a los matemáticos que, de ahora en adelante, contarán con una prueba legítima de un teorema tan pronto como estén convencidos de la verdad de dicho teorema. O, supóngase que les decimos a los epistemólogos que si están sumamente seguros de la existencia de una conexión causal entre A y B, entonces tienen una prueba de ello. Propuestas como estas respecto de la prueba serían objeto de risa. Uno no debería decirle a cualquier juzgador de los hechos: Usted ha proporcionado una prueba de A cuando está firmemente convencido de A. (Ni, tampoco: "Usted tiene una prueba de A con tal que su confianza subjetiva sea más

alta que X.") Al contrario, lo que le decimos es: Usted no está autorizado para estar totalmente convencido de A a menos que y hasta que usted tenga una prueba de A, añadiendo para completar la propuesta que sus firmes convicciones acerca de A no cuentan en absoluto como si no tuviese una prueba de A. Y entonces procedemos a decirle como sería una prueba de A. Esto es lo que supone tener un EdP. Un EdP apropiado no depende de una confianza subjetiva en una hipótesis; al contrario, el EdP nos indica cuándo la confianza subjetiva está justificada.

En el contraste hasta aquí resaltado, las prácticas probatorias en el derecho penal hacen que la existencia de una prueba de culpabilidad sea parasitaria de la existencia previa de una convicción firme acerca de dicha culpabilidad. El lenguaje usado para dar cuenta de esta convicción subjetiva varia a través de las épocas y de las jurisdicciones. En algunas épocas, ha sido llamada una creencia duradera en la culpabilidad. En otras, se ha considerado una certeza moral, una creencia consolidada, una conciencia satisfactoria o una convicción firme sobre la culpabilidad. Quizás sea algo así como "una confianza en la culpabilidad mayor del 90%." Por su parte, en el sistema continental, los juegos de palabras correspondientes refieren cosas como una íntima convicción acerca de la culpa del acusado, o un sentido de certeza alcanzado libremente. Lo que éstas y otras variantes familiares comparten es el uso de la existencia de una alta confianza personal respecto de la historia de la acusación que funciona como piedra de toque y señal para decidir si la culpabilidad ha sido probada[6]. El Tribunal Supremo de los EEUU ha reconocido numerosas veces que la regla actual para decidir sobre la culpabilidad o inocencia es un criterio enteramente subjetivo (sin, añadiría yo, objetar el hecho de que lo es en demasía). En el caso Jackson V. Virginia, el Tribunal Supremo insistió que los jurados, para poder condenar a alguien, deben lograr "un estado subjetivo cercano a la certidumbre."[7]. Fuera del derecho, los EdP nunca son formulados en términos de la confianza subjetiva de los investigadores sino en términos de los tipos de conexiones lógicas que deben existir entre la evidencia disponible y las hipótesis en cuestión a los efectos de considerar dicha hipótesis como probada. Fuera del derecho, la confianza racional en una conjetura sigue a su prueba, nunca la

---

[6] Thomas Starkie, el gran teórico jurídico del siglo XIX, capturó el sentimiento generalizado que estoy criticando cuando insistió en que: Qué circunstancias se sumarán a la prueba nunca puede ser [un] el asunto de una definición general; el parámetro jurídico es la suficiencia de la evidencia para satisfacer y concienciar al jurado. STARKIE, Thomas *Un tratado práctico de la Ley de la evidencia* 513 (Benjamin Gerhard Ed., sexta edición, 1842) (1837).

[7] Jackson v. Virginia, supra, 443 US at 315. Sentimiento similares pueden encontrarse inter alia en Accord Johnson v. Louisiana, 406 US 356 at 360, (1972) y In re Winship, 397 US at 364 (1970).

precede. Pero, dentro del derecho, tal confianza precede, certifica, e incluso constituye, la prueba.

Ahora bien, alguien podría cuestionarse ¿es que acaso la regla de la prueba más allá de una duda razonable no especifica un estándar de prueba genuino? La respuesta, como mostrará una pequeña reflexión, es un no rotundo. Como ya he defendido más extensamente en otra parte[8], en la práctica actual de los Estados Unidos y de otros países del *common law* la duda razonable está completamente indefinida o definida de una manera tan imprecisa que resulta enteramente inútil. He mostrado que de hecho el estándar actual de la prueba en un juicio penal americano es simple y exclusivamente la convicción firme de la culpabilidad. El sistema no le ofrece al jurado EdP neutrales y objetivos y establece que es la intensidad de su confianza subjetiva en la culpabilidad la que determina si debe condenar o absolver al acusado. Para hacer las cosas aún peor, el sistema tampoco establece controles para saber cómo el jurado va a alcanzar ese nivel subjetivo de confianza. Éste confiere enteramente rienda suelta al jurado para hacer de la evidencia lo que se quiera y lo único que al final se reclama es que, si se vota por la condena, entonces se esté persuadido genuinamente de que el acusado cometió el crimen. Consecuentemente, si se absuelve al acusado, entonces cabría suponer que el jurado tiene una duda razonable acerca de su culpabilidad pero, dado que los tribunales hacen todo lo posible para insistir en que los jurados no necesitan ser capaces de articular sus dudas, las absoluciones quedan limitadas a un arbitrario y subjetivo conjunto de convicciones. Lo que observamos aquí no es un EdP sino una excusa o un pretexto débil para condenar o absolver.

Pero supongamos, para aclarar el tema, que el derecho penal tuviese un estándar genuino de prueba, que no dependiera de la evaluación subjetiva de la culpabilidad por parte de los jurados sino de que la acusación establezca una conexión deductiva sólida entre la evidencia presentada y la culpabilidad del acusado. En tales circunstancias, la culpabilidad no dependería de la introspección de los jurados, de su confianza en la culpa, sino de la determinación que ellos hagan acerca de si el EdP ha sido satisfecho.

Es justo preguntar: ¿qué significaría tener un estándar jurídico de prueba que no fuera parasitario de las tareas subjetivas de jurado respecto de su alta confianza ni de la alta probabilidad de culpabilidad? Para comenzar, recordemos el EdP que dominó el derecho Romano-Germánico de la tardía edad media a través del Siglo de las Luces. Dicho de manera simple, e ignorando los matices, la fórmula para asegurar una convicción en los juicios penales de aquellos tiempos fueron dos elementos: la presentación de dos

[8] Véase mi artículo *Is Reasonable Doubt Reasonable?* 9, LEGAL THEORY 295 (2003).

testigos oculares del delito que fuesen creíbles o una confesión plausible del acusado. (Me adelanto aquí para agregar que no apruebo este estándar y que su uso en este apartado del trabajo tiene un carácter meramente ilustrativo.) Con este estándar en su lugar apropiado, la creencia subjetiva del juez (obviamente, los jurados no eran utilizados para juzgar los hechos) acerca de la inocencia o la culpabilidad del acusado carecía de relevancia. El EdP especificaba aquello que se necesitaba para condenar al acusado. Aunque este era un EdP poco confiable (en tanto que la ausencia de los dos testigos o de una confesión no era un signo seguro de la inocencia ni una confesión extraída mediante la tortura era un buen indicador de la culpabilidad), lo que debe decirse es que, por lo menos, era un EdP en el sentido estricto del término. La pregunta que tenemos que hacernos es si podemos idear algo similar alejado de lo que son nuestras prácticas contemporáneas.

Lo cierto es que ya han sido presentadas varias posibilidades interesantes que quizás puedan funcionar. Considere, por ejemplo, un EdP como el siguiente:

(A) Si es creíble la prueba acusatoria o un testimonio que resultaría difícil de explicar si el acusado fuese inocente y no es creíble la prueba exculpatoria o un testimonio que sería muy difícil de explicar si el acusado fuese culpable, entonces condénelo. De otro modo, absuélvalo.

O, tomando las indicaciones de algunas de las interesantes propuestas de Ron Allen[9]:

(B) Si la historia de la acusación acerca del delito es plausible y usted no puede imaginar una historia plausible que muestre al acusado como inocente, entonces condénelo. De otro modo, absuélvalo.

No defiendo, para los propósitos presentes, los dos estándares propuestos. Simplemente los cito porque ambos exhiben una virtud clave de la que carece la práctica actual en los juicios penales; a saber, ellos le dicen al jurado lo que debe buscar en las pruebas para justificar la condena de un acusado. No piden que el jurado entre en un meta-análisis de su propio grado de confianza respecto de la culpabilidad o inocencia del acusado. (Puede ser, por supuesto, que en muchos de los casos en los que estarían satisfechos los estándares (A) o (B) la mayoría de los jurados concluyan también con una convicción firme acerca de la culpabilidad del acusado. De hecho uno esperaría que este fuera el caso. Pero esto no es necesario.) Curiosamente ni el estándar (A) ni el (B) representan una interrupción radical con respecto a las prácticas históricas del *common law*. Durante mucho tiempo, más con-

[9] Véase especialmente ALLEN, Ron *Factual Ambiguity and a Theory of Evidence*, 88 Nw. L. Rw. 604 (1994) Y del mismo autor *Constitutional Adjudication, the Demands of Knowledge and Epistemological Modesty*, 88 Nw. U. L. Rev. 436 (1993).

cretamente hasta 1954 cuando el Tribunal Supremo lo eliminó de los juicios federales, había una instrucción oficial al jurado para los casos que implicaban pruebas circunstanciales. La línea de esta instrucción para los casos de pruebas circunstanciales todavía se utiliza en los tribunales del Estado de California. Dónde se lee, en parte:

> Sin embargo, el hallazgo de la culpabilidad respecto de la comisión de un delito no puede basarse en pruebas circunstanciales a menos que las circunstancias probadas sean no sólo (1) coherentes con la teoría de que el acusado es culpable del crimen sino que además, (2) no puedan ser reconciliadas con cualquier otra conclusión racional. Si las pruebas circunstanciales permiten dos interpretaciones razonables, una que señala a la culpabilidad del acusado y la otra a su inocencia, usted deberá adoptar esta segunda interpretación y rechazar la interpretación que señala la culpabilidad[10].

El lenguaje específico de esta regla es redundante (ya que la segunda oración está contenida en la primera) e inapropiado (en tanto que la condición (2) debería leerse algo como "son inconsistentes con la teoría de que el acusado es inocente del delito"). Pero tal desorden puede aclararse fácilmente. Lo que esta regla insinúa claramente es que (en los casos que implican pruebas circunstanciales) una convicción funciona bien sólo si las evidencias excluyen cualquier hipótesis razonable excepto la de la culpabilidad material del acusado. Esta instrucción tiene la virtud de ir directamente a la pregunta de la naturaleza de la prueba requerida y evita el devaneo de caracterizar cómo los jurados pueden sentirse acerca del asunto. Lo que les dice a los jurados es que no deben condenar a menos que la evidencia haya refutado previamente cualquier versión de los hechos que les permita pensar en la inocencia del acusado. Les dice:

(C) Resuelva si los hechos establecidos por la acusación refutan cualquier hipótesis aún ligeramente razonable que usted puede pensar respecto de la inocencia del acusado. Si ellos lo hacen, usted debe condenarlo. De otro modo, usted debe absolver.

Cabe resaltar que los tres EdP instan al juzgador de los hechos a probar rigurosamente (para utilizar una frase popperiana familiar) la hipótesis de la culpabilidad antes de que la adopten. Contamos con una prueba rigurosa de una hipótesis, H, cuando tenemos una evidencia de que sería muy sorprendente o improbable que H fuese falsa. Lo que los jurados deberían buscar no es la prueba que meramente confirma o es compatible con la hipótesis de la culpabilidad sino la evidencia de que no se espera que la hipótesis sea falsa. Los EdP (A)–(C) señalan precisamente en esa dirección.

[10] CALJIC 2.01.

Debemos notar que (C) no pide que los jurados hagan una lectura de su confianza acerca de la culpabilidad más de lo que (A) o (B) lo hacen. Sino que les pregunta si la evidencia creíble presentada en el juicio excluye cada hipótesis *prima facie* plausible de la inocencia que puedan imaginar. La propuesta de los estándares de Allen, (B) y (A), que implican el elemento de la prueba de lo inesperado, está claramente dentro de la misma familia. ¡Pero, en vez de continuar con el uso de la instrucción para las pruebas circunstanciales, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos decidió, de forma increíble, que decirles a los jurados que podían condenar sólo si estaban firmemente convencidos de la culpabilidad del acusado era la instrucción correcta y que el estándar de pruebas circunstanciales estaba equivocado![11] Aunque esta decisión fue coherente con la creencia de este Tribunal de que la certeza subjetiva es una condición *sine qua non* para una sentencia de culpabilidad, supuso, sin embargo, un paso hacia atrás que oscureció aún más un proceso ya de por sí oscuro.

Obviamente, ninguno de los tres estándares aquí discutidos depende de la estimación subjetiva del jurado respecto de la probabilidad de culpabilidad del acusado. De hecho, cabría una situación en la que una jurado está obligada a condenar, incluso si ella (quizás de forma aviesa) sigue creyendo en la inocencia del acusado a pesar de que el estándar ha sido satisfecho. Quizás podría pensarse que los jurados serían reticentes ante la sugerencia de verse obligados a condenar a alguien que ellos consideran inocente. Pero este dilema no es de un tipo diferente a los de la situación actual en la que los jurados a menudo se encuentran obligados a declarar inocente a alguien a quien ellos creen culpable. Si los jurados pueden comprender (como obviamente hacen) que el requerimiento de la prueba debe triunfar sobre sus creencias privadas en lo que concierne a la culpabilidad, también pueden aprender seguramente que sus creencias privadas acerca de la inocencia tendrán que ceder igualmente ante un EdP plausible.

Enfrentados con EdP como los propuestos tales como (A), (B), o (C), la reacción inicial es sostener que las cosas posiblemente no pueden ser ni tan sencillas ni tan 'formularizables' como ellos sugieren. Tratamos, a fin de cuentas, con acontecimientos humanos sumamente complejos y, en el caso de la deliberación del jurado, con procesos de pensamiento que no son claros. Una vez más, de forma constructiva, el instinto deberá tratar de imaginar los casos donde (A) a través de (C) fallaría al condenar a un culpable o, peor, donde quizás condene a un inocente. Tales casos no son tan difíciles de imaginar. Pero esto está más allá del punto en cuestión. Fuera

[11] Holland v. US, 348 US 121(1954). La Corte opinó que la instrucción para las pruebas circunstanciales era confusa e incorrecta. *Id*., at 139-140.

de las matemáticas y de la lógica formal, no tratamos con la certeza ni con relaciones deductivas entre premisas y conclusiones. En vez de eso, encaramos la incertidumbre y las inferencias falibles. Es parte de la naturaleza ampliativa de las reglas de inferencia la posibilidad de conducir a conclusiones erróneas. *Ningún* EdP puede eliminar completamente la incertidumbre ni superar la clase de inferencias abductivas utilizadas en el razonamiento legal preservador-de-la-verdad.

La pregunta pertinente concierne a la *frecuencia relativa* de los errores que los estándares (A)-(C) producirían en comparación al actual mecanismo que hace depender el veredicto de un juicio del instinto desordenado e indisciplinado del jurado acerca de la culpabilidad e inocencia o bien que lo hace depender de una arbitraria atribución de probabilidades por parte de los jurados. Desgraciadamente, nadie ha reunido la información empírica oportuna para establecer esta pregunta de una manera definitiva. Pero *podría* lograrse mediante una investigación empírica. Mientras tanto, hay algunas razones plausibles parar creer que reglas como (A)–(C) funcionarían mejor que cualquier criterio subjetivo. Considere, por ejemplo la regla (A). Lo que ella pregunta es si la acusación ha logrado presentar un testimonio creíble y pertinente o una evidencia física que serían muy difíciles de explicar si el acusado fuese inocente.

Es una regla general del razonamiento común acerca del mundo que *cualquier* hipótesis histórica se prueba mejor si los hechos sobre aquello que tendría que explicar pero no puede son relevantes y están claramente establecidos. Esta estrategia de la evaluación de la hipótesis ocurre constantemente en las llamadas ciencias históricas, como la historia de la humanidad o la historia de la tierra. Si, por ejemplo, queremos evaluar la hipótesis según la cual la colisión de un meteorito fue la causa de la extinción de los dinosaurios, nos preguntaremos si hay alguna evidencia creíble datada en el período pertinente que sería enteramente explicable por la hipótesis del choque pero que resulte ininteligible si (por ejemplo) los dinosaurios desaparecieron debido a la pobre ventilación de sus cuerpos. Igualmente nos cuestionaremos si hay hechos bien-fundados acerca de la extinción de los dinosaurios que no ponen en cuestión la hipótesis de la colisión. Desde que hay tal evidencia (la famosa prueba del "límite de iridio") explicable por la hipótesis de la colisión, y ningún hecho notable no explicable por ella, tenemos razones poderosas para acreditar la hipótesis del meteorito.

Este tipo de indagación no es diferente de lo que pasa diariamente en los tribunales de justicia. La hipótesis sobre la culpa y la inocencia se descartan si uno mira hacia la evidencia para encontrar pruebas probatorias de esas hipótesis. Lo que un EdP como (A) hace es explicitar de manera completa la clase de prueba que los jurados deben buscar si cabe esperar una convic-

ción. En resumen, la clase de inferencia que invita a hacer el EdP (A) no es nueva ni extraña en una corte de justicia, ni sería distinta a lo que los jurados hacen en su vida cotidiana. Lo que hasta ahora los tribunales no han hecho es decir que, si una regla como (A) ha sido satisfecha por el caso de la acusación, entonces el jurado tiene una prueba de la culpabilidad y si no ha sido satisfecha, entonces no tienen una prueba. ¡Al contrario, varios tribunales de apelación han dicho explícitamente que los estándares como los hasta aquí considerados son una exigencia excesiva! Por ejemplo, la Primera Corte Federal de Apelación de los EEUU ha defendido que: "La acusación puede demostrar su caso mediante pruebas circunstanciales, y no necesita excluir cada hipótesis razonable de inocencia siempre que la evidencia total permita una conclusión de culpabilidad más allá de un duda razonable."[12]. Pero, uno de los misterios que rodean al BARD es cómo imagina el Tribunal que un jurado puede estar seguro más allá de una duda razonable de la culpabilidad del acusado aun cuando igualmente cree que hay "una hipótesis razonable de inocencia" que no ha sido excluida. Ocho años antes ese mismo Tribunal había argumentado que: "El juzgador del hecho es libre de escoger entre varias construcciones razonables de la evidencia."[13]. ¿Cómo puede un jurado estar seguro más allá de una duda razonable de la culpabilidad del acusado, cuándo hay "varias construcciones razonables de la evidencia," algunas de las cuales son exculpatorias? Si el BARD es tan permisivo como esto, entonces es urgente su reemplazo por un EdP más exigente como (A)-(C).

Las reglas como (A)–(C), si son adoptadas como EdP, resolverían los dos problemas que aquí hemos señalado. Estos son genuinos EdP no subjetivos y, a diferencia tanto del BARD como de un valor concreto de la probabilidad, no dejan mucho margen de ambigüedad respecto de si han sido satisfechos. Y lo que es aún más importante, requieren que, antes que los jurados puedan condenar a un acusado, se debe haber sometido la hipótesis de la culpabilidad a una prueba rigurosa. Deben haber mostrado que la hipótesis de la inocencia simplemente no puede ser encajada con la evidencia presentada en el juicio.

La relación de un EdP riguroso con otros principios de la distribución del Error

Dije al principio que el EdP era uno de varios conceptos familiares que procuran distribuir los errores en favor del acusado. Los otros conceptos obvios son la presunción de inocencia, la carga de la prueba de la acusación, y el beneficio de la duda. Por todo lo hasta aquí dicho, creo que si relacioná-

[12] US v. Gabriner, 571 F.2d 48, 50 (1st Cir., 1978).

[13] US v. Thornley, 707 F.2d 622, at 625 (1st Cir., 1983).

semos un EdP con dichos conceptos esto tendría repercusiones significativas respecto de cómo los entendemos.

Considere, en primer lugar, el beneficio de la duda. A menudo se dice que el acusado tiene siempre el derecho del beneficio de la duda. Esta es una manera no atinada de decirlo, *ya que siempre hay alguna duda residual*. Si debiéramos dar a un acusado todo el beneficio de la duda, sería imposible condenar a alguien. Por esta razón, tenemos que decidir a cuánto beneficio de la duda tiene derecho. Responderé a esta pregunta de una manera directa: un EdP alto ya incorpora un beneficio de la duda inmenso. Éste le indica al acusado: "Usted será absuelto, incluso si pensamos que es probablemente culpable, a menos que el nivel de su culpabilidad satisfaga un EdP muy exigente.". En resumen, no hay beneficio de la duda que sea de fundamentación-libre, independientemente del EdP. El nivel apropiado del beneficio de la duda está ya incorporado en un EdP favorable-al-acusado. Así, dado un estándar exigente, el principio de *in dubio pro reo* habrá sido ya incorporado en el juicio y no tendrá un rol diferenciado más allá del propio EdP.

Considere, ahora, la presunción de inocencia. Los tribunales, especialmente en el mundo anglosajón, han tendido a suponer que la presunción de inocencia requiere que el juzgador de los hechos comience el juicio creyendo que el acusado no cometió el crimen, esto es, que es *materialmente* inocente. Con un EdP apropiado, la presunción de inocencia material no sería más necesaria ni apropiada. Lo que sería exigible es que el juzgador de los hechos crea que la culpabilidad del acusado tiene que ser probada (lo que llamo la presunción de inocencia *probatoria*), y que la única prueba relevante para su culpabilidad o inocencia es la prueba que será producida en el juicio[14].

Finalmente, ¿qué sucede con el otro instrumento de distribución del error, la carga de la prueba de la acusación? Pues que se convierte en enteramente superfluo. Un EdP exigente ya deja claro que la culpabilidad del acusado debe ser probada en un nivel muy elevado y que el acusado debe ser absuelto, si no se satisface el EdP. En tanto que podemos suponer, que el acusado no ofrecerá pruebas sólidas de su propia culpa, la carga de demostrar la culpabilidad conforme al estándar pertinente inevitablemente caerá en el acusador.

En resumen, básicamente el único mecanismo para la distribución de los errores que se requiere en un juicio es un estándar no-subjetivo de la prueba. Si ponemos ese estándar a la altura correcta, capturará completamente nuestras creencias compartidas acerca de la ratio apropiada de absoluciones

[14] Desarrollo este argumento con mayor detalle en un trabajo titulado *La Presunción de la Inocencia: material o probatoria?*, que será publicado en la revista Legal Theory.

falsas por falsas convicciones. Cualquier otra cosa que maquille los elementos epistemológicos de un juicio penal (específicamente, las reglas de la evidencia y del procedimiento) puede entonces ser escogida a la luz del núcleo duro con la intención de aminorar la probabilidad de juicios erróneos antes que con la perspectiva de lograr distribuirlo de una forma favorable-al-acusado.

Confío que esta conclusión le golpeará de una manera tan radical como creo que es. Para ser más explícito, esto supone que las reglas de la evidencia y del procedimiento deberían ser diseñar con miras a aminorar el error judicial y no con el objetivo de reducir la posibilidad de una absolución falsa (que es una cuestión que concierne exclusivamente al tema de la distribución). Las reglas existentes en todo sistema jurídico, al menos de los que conozco, están llenas de esfuerzos, bien intencionados pero mal entendidos, encaminados a rebajar la escala de justicia con el fin de que sea más difícil obtener la culpabilidad.

(Trad. de Raúl Calvo Soler)

TRES OBSERVACIONES SOBRE "POR QUÉ UN ESTÁNDAR DE PRUEBA SUBJETIVO Y AMBIGUO NO ES UN ESTÁNDAR", DE LARRY LAUDAN

Michele Taruffo
Universidad de Pavía

RESUMEN. La primera observación se refiere a que la aspiración de objetividad dirigida a alcanzar el conocimiento de la verdad de los hechos en el proceso civil no es la finalidad prioritaria en todos los contextos procesales del Derecho; por ejemplo, en el penal parece más bien dirigido a implementar el principio de contradicción entre las partes y principalmente al pleno desarrollo de la defensa del imputado. La segunda consideración es que en el sistema norteamericano no resulta posible verificar en qué medida un estándar de prueba se ha aplicado efectivamente por los jurados porque los jurados no motivan sus veredictos. Es natural que los jurados decidan según sus propias inclinaciones subjetivas, por la obvia razón de que están legitimados para hacerlo y nadie les pide que decidan en forma objetiva. La tercera observación tiene que ver con el rechazo a la valoración holística de las pruebas en el establecimiento de los hechos, por su carencia de objetividad y poco rigor analítico.

ABSTRACT. The first observation refers to the fact that seeking objectivity with the aim of learning the truth of the facts in civil procedure is not the main purpose in all procedural contexts of law. In the criminal context, for example, it seems, rather, to be addressed to implementing the principle of contradiction between the parties and especially to the full carrying out of the accused´s defence. The second observation is that in the North-American system it is not possible to verify the extent to which a standard of proof has been effectively applied by juries because judjes do not justify their verdicts. It is natural that juries decide in accordance with their own subjective opinions, for the simple reason that they are legitimized to do so, and nobody asks them to decide objectively. The third observation is linked to the rejection of the holistic weighing of the evidence when establishing the facts, due to the juries´ lack of objectivity and poor analytic rigor.

1

La primera observación que creo que debe hacerse sobre el trabajo de Larry Laudan se refiere al planteamiento general de su análisis: éste se dirige a criticar el carácter subjetivo que parece implícito en la adopción de los habituales estándares de prueba y, en particular, del estándar BARD, de la forma en que éste es aplicado por los tribunales norte-americanos. La crítica de Laudan se funda en lo que yo denominaría una "necesidad insatisfecha de objetividad" en la determinación judicial de los hechos: necesidad que resulta insatisfecha, precisamente, porque Laudan considera que el BARD no asegura un nivel adecuado de racionalidad objetiva de la decisión. La exigencia de objetividad que guía el análisis crítico de Laudan puede ser compartida en términos generales: quien no cree que la decisión sobre los hechos no puede ser abandonada al arbitrio de quien decide, y, en particular, que la valoración de las pruebas no puede ser dejada de la mano de la *intime conviction* subjetiva, e incluso emotiva, del juez o jurado, no puede compartir la aspiración de que la valoración de la prueba y la decisión sobre los hechos se produzcan siguiendo métodos racionales y "objetivos".

No obstante, es conveniente realizar algunas observaciones cuando se pasa del nivel de las aspiraciones generalísimas a las consideraciones acerca de los modelos procesales en los que deberían encontrar aplicación. La aspiración de objetividad –como dice correctamente Laudan– está fundamentada en la idea de que el proceso –y la decisión que lo concluye– está dirigido a alcanzar el conocimiento de la verdad sobre los hechos. Esta idea puede ser, ciertamente, compartida (y yo la comparto), pero no es cierto que sea compartida de forma unánime. No pretendo afrontar aquí los numerosos problemas de carácter filosófico que afectan al concepto de verdad y a sus posibles aplicaciones al proceso. Quisiera, en cambio, subrayar la influencia que tiene la estructura del proceso sobre la forma en que se configuran las finalidades del mismo y sobre el modo en que la verdad está o no incluida entre estas finalidades.

Tomemos en consideración el proceso penal, que es sobre el que centra su atención el trabajo de Laudan. En Italia, tradicionalmente se decía que el proceso penal (a diferencia del proceso civil) estaba orientado hacia la determinación de la verdad "objetiva" de los hechos. Posteriormente, después de la entrada en vigor de la Constitución de 1948 y en el contexto de un análisis crítico del modelo de proceso penal "inquisitivo" que había inspirado el código de procedimiento penal de 1930, se empezó a decir que el fin de la verdad objetiva estaba vinculado a una ideología autoritaria-inquisitiva del proceso penal y que, por tanto, debía ser abandonado (o ser considerado como absolutamente secundario), juntamente con esa ideología. Uno de

los efectos de este cambio de perspectiva ha sido excluir la verdad objetiva de los hechos de las finalidades fundamentales del proceso penal: el descubrimiento de la verdad, desde la perspectiva "acusatoria" en la que se inspira el código procesal de 1988, ya no es un objetivo del proceso. El proceso penal parece más bien dirigido a la implementación del principio de contradicción entre las partes y, principalmente, al pleno desarrollo de la defensa del imputado, mientras que la determinación de la verdad sobre los hechos parece ser una mera eventualidad que, por sí sola, no es considerada como particularmente relevante. A esta forma de pensar se vinculan después diversas consecuencias que deben ser tenidas en cuenta.

Una de estas consecuencias es la diferencia estructural que caracteriza el proceso penal –si se compara con el civil– y que viene determinada por la presunción de inocencia. No entraré aquí en el análisis de esta presunción, de su significado y de sus razones histórico-políticas: destaco sólo que esta presunción introduce un *desequilibrio estructural* en la posición de las partes respecto de la prueba en el proceso penal, dado que la posición de una parte (el imputado) es favorecida sistemáticamente, mientras que la de la otra parte (la acusación) es sistemáticamente desfavorecida por la distribución de las cargas probatorias.

La segunda consecuencia –vinculada con la primera– es la adopción de un estándar de prueba muy elevado (como el BARD) para la prueba de la acusación: lo que se pretende no es únicamente que la carga primaria de la prueba recaiga sobre la acusación, sino también que esa carga sea particularmente difícil de satisfacer. Todo esto conlleva una consecuencia que me parece típica del proceso penal, a saber: se trata de un proceso que no está particularmente interesado de forma general en la reducción o la eliminación de los errores, sino que tiende a distribuir los errores de forma tal que favorezcan sistemáticamente a la posición del imputado. En efecto, se considera tolerable el error consistente en absolver a un imputado culpable, aunque este error resulte frecuente (recuérdese que es mejor que dos, diez o mil –según las diversas formulaciones– imputados culpables sean absueltos que no que un imputado inocente sea condenado), mientras que no se considera tolerable el error consistente en condenar al imputado inocente. Lo que importa, me parece, no es la corrección de la decisión (es decir, su coincidencia con la verdad sobre los hechos), sino la exigencia de evitar que los errores en la determinación de los hechos perjudiquen al imputado inocente. Se trata, en mi opinión, de una elección *política* y *moral* plenamente compartible, por muchas razones que no es necesario discutir aquí en este momento. Lo que pretendo subrayar es que esta elección determina la adopción de un contexto estructural –el del proceso penal moderno– muy peculiar, en el cual el problema de las cargas probatorias y de los estándares

de prueba se plantea en términos muy interesantes, pero no generalizables fuera de ese contexto.

Las cosas cambian completamente, en efecto, si se toma en consideración el proceso civil. La doctrina procesalista tradicional, seguida por muchos autores incluso hoy, negaba que el proceso civil estuviera o debiera estar orientado hacia el descubrimiento de la verdad sobre los hechos. Esto sucedía y sucede por diversas razones, la más común de las cuales es la idea de que el proceso civil es "cosa de las partes" y como tal está orientado exclusivamente a la resolución de la controversia entre sujetos privados, y no a la determinación de la verdad. Sin embargo, en gran parte de la doctrina moderna se ha ido difundiendo la idea (que personalmente comparto) de que la controversia privada debe ser resuelta con una decisión "justa", y que es condición necesaria (obviamente no suficiente) para que se obtenga una decisión justa que ésta se funde en una determinación de la verdad de los hechos de la causa. Estamos pues en un contexto en el que el mecanismo procesal se puede considerar que está orientado hacia la búsqueda de la verdad sobre los hechos. Esto conlleva algunas consecuencias importantes. Una de ellas es que, tratándose de determinar la verdad sobre los hechos, la eliminación o reducción de los errores (no su distribución entre las partes) es el objetivo prioritario. Así, por ejemplo, deberían ser eliminadas todas las reglas de prueba legal o tasada y (siguiendo una indicación que ya se remonta a Bentham) todas las reglas que excluyen la admisión de pruebas que puedan resultar útiles pata la determinación de la verdad. Además, deberían ser aplicados y reforzados todos los instrumentos procesales (como el derecho a la prueba) que puedan maximizar la probabilidad de que se llegue a conocer la verdad sobre los hechos.

En todo caso, un punto que merece ser subrayado es que en el proceso civil no existe el desequilibrio estructural que –bajo la óptica de las cargas probatorias– caracteriza el proceso penal. No hay, en efecto, ninguna presunción "sistemática" a favor del actor o del demandado: existen –como es sabido– muchas presunciones legales relativas que tienen la función de modificar la ubicación de las cargas probatorias, pero éstas afectan a la regulación de la relación sustancial más que a la del proceso y, por tanto, no favorecen al actor "en cuanto tal" o al demandado "en cuanto tal". Podría decirse que esas presunciones producen únicamente efectos casuales y equitativamente distribuidos entre los sujetos de las relaciones privadas, no estando estructuralmente vinculadas al contexto del proceso civil. Así pues, no habiendo ninguna exigencia de reforzar la posición procesal de una parte respecto de la otra –y valiendo, en cambio, el principio fundamental de la "paridad de armas" procesales– sería incluso inconstitucional un proceso que privilegiara sistemáticamente la posición del demandado respecto de

la del actor, o viceversa. En consecuencia, decae en el proceso civil la necesidad de recurrir a un estándar de prueba particularmente elevado para la demostración de la verdad de los hechos que fundan la demanda del actor, o de un estándar de prueba más elevado que el que se exige para la prueba de los hechos alegados por el demandado. Es más, si se pidiera al actor la demostración de los hechos que fundan su demanda con un grado excesivamente elevado de prueba, se podría objetar probablemente su inconstitucionalidad: el artículo 24, párrafo primero, de la Constitución italiana garantiza la posibilidad de hacer valer en juicio los propios derechos, pero si esta posibilidad se vinculase a un estándar de prueba particularmente elevado, ello conllevaría una excesiva dificultad, para quien actúa en juicio, de demostrar la fundamentación de la demanda. Si además se exigiera al actor probar los hechos que ha alegado con un grado más elevado del que se exigiera al demandado, nos encontraríamos frente a una disparidad de trato contraria al principio de igualdad entre las partes.

Nos es casualidad que en el proceso civil no se proponga la adopción del estándar BARD y se prefiera razonar en términos de probabilidad prevaleciente, del "más probable que no" o de la *preponderance of evidence*, sobre la base del convencimiento de que un estándar de este tipo es racional a la vista de los objetivos que se asignan al proceso civil. Incluso en los casos en que se exige un grado de probabilidad elevado, como sucede por ejemplo en la jurisprudencia alemana, estamos siempre en el ámbito de un criterio no equivalente al que se considera apropiado para el proceso penal.

En resumen, pues, es necesario tener en cuenta el hecho de que los estándares de prueba pueden variar en función de la estructura del contexto procesal, de las finalidades que se asignen al proceso concreto, de los valores ético-políticos que en él se consideren prioritarios y de la regulación procesal de las cargas probatorias que se atribuyan a las partes. El problema de la corrección –o de la veracidad– de la decisión sobre los hechos se inserta pues en los distintos contextos procesales: puede, en efecto, suceder –como quizás suceda en el proceso penal– que la eliminación de los errores no sea una finalidad prioritaria de un cierto tipo de proceso.

2

Un segundo tipo de consideraciones está referido al análisis que Laudan realiza a propósito del BARD y las razones por las que él sostiene que ese estándar no ha evitado el subjetivismo en las decisiones sobre los hechos. En gran medida, este análisis tiene un carácter *descriptivo*, referido al modo en que los tribunales norte-americanos han aplicado el BARD. La tesis de Laudan es que, a pesar de las recurrentes afirmaciones a favor de la aplicación de este estándar, en realidad éste no ha sido capaz de eliminar la subje-

tividad de la decisión sobre los hechos y, por tanto, no ha funcionado como un criterio "objetivo". No es posible discutir aquí –aunque sólo sea porque nos faltan datos empíricos suficientemente amplios– si la descripción de Laudan de lo que sucede en los tribunales norte-americanos es correcta o no. Propondré, por ello, suponer que esa descripción refleja bastante bien (como personalmente creo) la realidad de lo que sucede en el proceso penal estadounidense, para formular al respecto algunas observaciones.

Un punto que creo importante es que en el sistema norte-americano el problema de la aplicación del BARD surge en dos momentos: el de las instrucciones que los jueces del *trial* dan al jurado y el de las afirmaciones de principio que se encuentran en las sentencias de las *appellate courts* o de la Corte Suprema. En cambio, no es posible en absoluto verificar si el BARD o cualquier otro estándar se ha aplicado efectivamente por los jurados en el momento de la decisión, por la obvia razón de que los jurados no motivan sus veredictos. En lo que se refiere a las instrucciones dadas por los jueces a los jurados, éstas pueden ser formuladas mejor o peor según los casos, aunque sólo sea porque son dadas por jueces que no tienen formación filosófica o epistemológica (y a menudo tienen incluso una formación jurídica mediocre). En cualquier caso, la observación fundamental es que no es posible verificar si, y en qué medida, esas instrucciones son seguidas por el jurado. Se puede conjeturar que incluso si el juez ofreciese una definición filosóficamente impecable del BARD, ésta no sería más que una especie de "mensaje en la botella", que el jurado podría no comprender o no seguir.

Por lo que respecta a las enunciaciones del BARD que se encuentran en las sentencias de los tribunales superiores, debe tenerse en cuenta que se trata de formulaciones de principio (como tales, también influyentes y respetables), que normalmente no tienen una relación directa con la prueba de los hechos en el caso particular.

El punto central es, sin embargo, el jurado. Se trata de un grupo de ciudadanos "cualesquiera", carentes de toda formación o cultura filosófica o epistemológica, además de carecer también de cultura jurídica. Aunque el juez elaborase una formulación impecable del BARD, se podría dudar de la capacidad de los jurados de comprender su significado. En especial, es natural que los jurados decidan según sus propias inclinaciones subjetivas, por la obvia razón de que *están legitimados para hacerlo y nadie les pide que decidan de forma objetiva*. Como es sabido, en efecto, el veredicto del jurado no se motiva: por tanto, a los jurados no se les pide que racionalicen su decisión, lo que sí deberían hacer si tuvieran que justificar sus elecciones mediante argumentos dotados de validez intersubjetiva. En consecuencia, no hay posibilidad alguna de verificar como han decidido los jurados y si éstos han respetado o no las instrucciones dadas por los jueces. En otros

términos: la subjetividad de la decisión es intrínseca al rol y a la función que se atribuye al jurado. Esta función no se funda en la objetividad y en la racionalidad de las decisiones de los jurados, sino en una especie de "acto de fe" que la sociedad estadounidense ha profesado –y aún profesa– en la bondad de las decisiones adoptadas por los jurados. Esas decisiones, en sustancia, no resultan socialmente aceptables porque se piense que son racionales y objetivas, sino porque provienen de un grupo de ciudadanos que se supone que representan a la sociedad en su conjunto. El jurado estadounidense goza, pues, de una legitimación político-social, no de una legitimación "epistémica".

Los términos del problema cambian si adoptamos un punto de vista *teórico-normativo* y se piensa en un criterio equivalente al del BARD que pueda funcionar en un sistema procesal distinto del norte-americano. Si se piensa, por ejemplo, en un modelo procesal de *civil law* como el italiano, el francés o el alemán, hay al menos tres factores que deben tomarse en consideración: a) el juez es un jurista profesional, de carrera, al que podría darse una preparación teórica suficiente y hacerle entender qué se pretende cuando se exige una valoración de la prueba según el estándar del BARD o según cualquier otro estándar que se considere adecuado; b) dado que no existe el jurado en esos ordenamientos, es el propio juez el que debe aplicar el estándar de prueba en sus decisiones. La decisión se toma, pues, por un juez "profesionalizado", habituado a desarrollar la actividad de valoración de la prueba y posiblemente entrenado para afrontar y resolver las dificultades lógicas y epistemológicas que esta actividad implica. El *trier of fact*, por tanto, no es un ciudadano cualquiera, ingenuo e inculto, incapaz de comprender instrucciones complicadas y, por ello, "condenado" a decidir según sus propias impresiones subjetivas, sino un "técnico" experto, al que se puede exigir que aplique criterios de valoración sofisticados; c) *Last but not least*, el juez del *civil law* está obligado, incluso por normas constitucionales, a ofrecer una motivación detallada, racional y "objetiva" de sus propias decisiones. Esta obligación afecta de forma particular a las decisiones de las cuestiones de hecho y a la valoración de la prueba. En otros términos, el juez está obligado a "objetivar" su propia decisión sobre los hechos, indicando los criterios seguidos y argumentando las razones por las que ha considerado que un determinado hecho estaba probado o no probado. Es especialmente a través de la obligación de motivar las decisiones sobre los hechos que los ordenamientos de *civil law* pretenden evitar que las decisiones sean tomadas según el arbitrio subjetivo del juez, y conseguir, en cambio, que se funden en argumentaciones justificativas tales que permitan un control intersubjetivo de la fundamentación de la decisión.

En un contexto de este tipo, tiene sentido pensar en criterios de decisión "objetivos" a los que se vincule la valoración de la prueba por parte del juez. Con toda probabilidad, tiene sentido concebir –para el proceso penal– un estándar como el del BARD. Naturalmente, dada la diversidad de los sistemas procesales, sería ingenuo pensar en una pura y simple transposición –a los sistemas de *civil law*– de las fórmulas que han sido elaboradas en la jurisprudencia estadounidense. Creo, en cambio, que sería necesaria una cuidadosa y profunda reflexión acerca de la teoría de la prueba judicial, y su correspondiente valoración, para elaborar un estándar que pueda ser aplicado por el juez del *civil law*. En esta dirección, la referencia al BARD estadounidense puede tener un indudable valor de enunciación de un principio *ético* y *político*, y de guía para la dirección en que debería realizarse el análisis. Así, en efecto, tiene sentido también en nuestros ordenamientos proclamar el principio según el cual la valoración de la prueba no puede ser dejada al arbitrio subjetivo del juez –togado o lego– y que en el proceso penal es necesario que esa valoración se realice siguiendo estándares especialmente elevados, de modo que se minimice el riesgo de la condena de un inocente.

3

Un tercer tipo de observaciones está referido a aquella parte del discurso de Laudan en la que él hace referencia, a los efectos de individualizar un criterio "objetivo" de valoración de la prueba alternativo al BARD, al concepto de *plausibility* propuesto especialmente en algunos escritos de Ron Allen. Con este concepto, Allen se opone a la valoración detallada e individual de cada una de las pruebas y propone una visión "holística" de la valoración probatoria, en la línea seguida por otros autores norte-americanos. Según Allen, pues, la decisión final sobre los hechos consistiría en la elección, entre distintas narraciones relativas al conjunto de los hechos de una controversia, de aquella que se presente como más *plausible*, es decir, más capaz de dar un sentido conjunto coherente a los hechos de la controversia. Al respecto, pueden formularse algunas observaciones críticas.

La primera observación es que nos encontramos –una vez más– en el ámbito de los discursos que intentan captar y entender cómo llegan a la decisión sobre los hechos los jurados norte-americanos. En efecto, toda la teoría de la denominada *storytelling*, es elaborada en el plano del análisis psicológico del comportamiento de los jurados: desde el clásico trabajo de Bennet y Feldman hasta los estudios más recientes de Pennington y Hastie esta teoría se basa en la afirmación de que los jurados no toman en consideración las pruebas "una por una", para establecer qué prueba sobre qué hecho es creíble y qué prueba no lo es, sino que tienden a razonar sobre la base de *stories* generales y de conjunto, que prescinden del valor de cada

prueba individual y acaban escogiendo la *story* que se presenta como más persuasiva o –en la terminología de Allen– más *plausible*.

No es éste el momento de discutir si estas descripciones de cómo funcionan los jurados son o no verdaderas. Sí debe señalarse, en cambio, que si fueran verdaderas nos encontraríamos ante una práctica de toma de decisiones absolutamente criticable y que no deberíamos importar en absoluto para nuestros ordenamientos. Una decisión que prescinde de la valoración de la credibilidad de cada una de las pruebas y no se preocupa por establecer con detalle qué hechos han sido demostrados y qué hechos no lo han sido, puede ser justificadamente considerada como una pésima modalidad de decisión. Es más, se trataría de un óptimo argumento para *no* adoptar el modelo del jurado de tipo norte-americano. En todo caso, por todo lo que se ha dicho hasta aquí, no parece posible extender lo que se dice respecto del jurado al caso en que el *trier of fact* es un juez profesional, fornido de una cultura técnica y de la capacidad de valorar detalladamente las pruebas, y sujeto a la obligación de motivar racionalmente cada aspecto de su decisión sobre los hechos.

Una segunda objeción es que un criterio de *plausibilidad* corre el riesgo de ser cuanto menos genérico, cultural y subjetivamente relativo, y, por tanto, carente de toda garantía de objetividad. Un sujeto que debe decidir si una *story* relativa a ciertos hechos es o no plausible no puede más que hacer referencia a lo que *según él* puede ser considerado "normal" en una situación como la que se le presenta. Precisamente, los estudios que se han ocupado de la influencia que los *scripts* o los modelos cognitivos tienen sobre la forma en que se interpretan y se reconstruyen las situaciones de hecho (como el de Amsterdam y Bruner), insisten en el punto de que todo sujeto tiene "su propia" reserva de tipos ideales de comportamiento, de "tramas" de hechos o de "caracteres típicos", sobre cuya base se interpreta y comprende la realidad. En alguna medida, estos elementos pueden ser compartidos por otros sujetos, o pueden incluso formar parte de lo que se puede definir como la "cultura media" de un cierto lugar en un cierto momento, pero es claro que se trata de modelos de referencia culturalmente relativos, variables e irremediablemente subjetivos. En otros términos: no existe ninguna medida "objetiva" de la plausibilidad de las narraciones de un hecho; toda narración es o no plausible en función de cuáles son los modelos de referencia que se adoptan por parte del sujeto individual para formular una valoración de este tipo.

La tercera observación es que la *plausibility* de la narración de un hecho parece muy similar a lo que se podría definir como "verosimilitud". Sería plausible aquello que es "verosímil" y es "verosímil" no aquello que es verdadero, sino aquello que parece corresponderse con la "normalidad" de

comportamientos o de sucesos del tipo del que es objeto de valoración. Así, por ejemplo, alguien puede considerar verosímil que yo esté en Pavía en la Universidad el lunes por la mañana, en época de clases, porque desde hace muchos años tengo la costumbre de hacer clases los lunes por la mañana y normalmente tomo el café a las nueve de la mañana del lunes. El propietario del bar donde tomo café podría considerar ciertamente verosímil mi presencia en Pavía el lunes por la mañana y tendría buenas razones para ello. Sin embargo, esto no equivale a determinar que yo estaba realmente en Pavía un lunes determinado porque en esa fecha podría haber estado en otra parte, por ejemplo, en un congreso. En resumen: un hecho puede resultar verosímil –y por tanto plausible– si se corresponde con lo que alguien considera "normal", pero esto no equivale en absoluto a tener buenas razones para decir que ese hecho es verdadero. La declaración testifical del propietario del bar, en efecto, no serviría para demostrar que yo estaba en Pavía ese concreto lunes, sino sólo para demostrar que tengo la costumbre de estar en Pavía los lunes por la mañana durante el período en que imparto clases. Por otra parte, es sabido que hay muchas cosas verosímiles que son, a pesar de ello, falsas, y que hay, en cambio, muchas cosas que pueden considerarse inverosímiles, dado que no se corresponden con la normalidad o con el *id quod plerumque accidit*, pero que han sucedido realmente. Sin embargo, en el contexto del proceso no resulta interesante establecer si un determinado hecho puede considerarse o no verosímil según los esquemas de referencia de alguien; lo que interesa es establecer si un hecho o un suceso –verosímil o no– se han producido realmente. Lo que importa no es pues la plausibilidad sino la veracidad de la *story* que se refiere a los mismos.

Esto nos lleva a la cuarta –y última– consideración que me gustaría hacer al respecto. La *plausibility* de la *story* conjunta que se refiere a una situación de hecho puede tener –como intentaré mostrar enseguida– una función no menospreciable. Se trata, no obstante, de una noción (y por tanto de un criterio de valoración) que prescinde completamente de las pruebas que se han practicado en el proceso acerca de esa situación de hecho. Que la *story* sea *plausible* significa que las circunstancias de un cierto suceso pueden integrarse en una narración de conjunto que se presenta como plausible, o más plausible que otra. Este no es, sin embargo, *el problema de la prueba de los hechos*: probar los hechos significa –como todos saben– ofrecer al juez elementos de juicio suficientes para demostrar que los enunciados relativos a los hechos de la causa pueden ser considerados verdaderos, dado que han sido confirmados por las pruebas disponibles. Se trata de algo obvio, pero es útil insistir –dado que muchos lo olvidan– en que el principal problema que el juez debe resolver en el contexto del proceso es precisamente éste: decidir si existen en el proceso elementos de juicio suficientes pata establecer que

determinados hechos se han producido realmente. Para ello, la perspectiva de la valoración del juez tiene que ser forzosamente *analítica*: esto es, las pruebas deben referirse a todos los concretos hechos que componen la situación que es objeto de juicio. El juez no puede imaginar, conjeturar o inventar hechos que no han sido demostrados, sólo porque se corresponden con sus personales esquemas mentales. El juez debe establecer qué hechos han sido probados, analizándolos "uno por uno" y valorando el grado de credibilidad de cada prueba concreta relativa a cada hecho concreto (y no debe olvidarse tampoco que el juez deberá motivar ofreciendo justificaciones específicas de todo esto). El juez podrá tener en cuenta únicamente los hechos que hayan sido específicamente probados y deberá excluir de su *story* todo hecho que no haya sido objeto de la adecuada prueba. La valoración *holística* de la *story* en su conjunto entra en juego, en la decisión final sobre los hechos, en un segundo momento: cuando se trata de establecer si los hechos *que han sido probados, y sólo ellos,* pueden o no ser integrados en una narración de conjunto plausible y coherente. Al respecto, vale la pena subrayar que el juez sólo puede integrar la narración sirviéndose de hechos judicialmente "verdaderos": toda narración está compuesta de hechos, pero en el proceso interesan sólo las narraciones "verdaderas", es decir, las narraciones compuestas de hechos "verdaderos". Lo que no ha sido demostrado, no interesa, dado que el proceso no es un lugar en el que se escriben cuentos o novelas, sino un lugar en que se pretende establecer qué es verdadero y qué no a los efectos de dictar una resolución justa. Se trata, pues, de ver qué situación se produce, en el caso concreto, cuando todos los elementos de juicio disponibles han sido admitidos y valorados críticamente por el juez, en relación con los hechos a los que cada elemento de juicio de refiere. Puede suceder que los hechos probados no integren ninguna *story* coherente y plausible (quizás porque muchos hechos carezcan de demostración probatoria). El juez debe tomar en cuenta esta situación y decidir en consecuencia: si se trataba de demostrar la verdad de una *story* relativa a la culpabilidad de un imputado, o a la fundamentación de una demanda en un proceso civil, y esta demostración ha resultado fallida, el juez tendrá en todo caso que decidir, pero según las reglas de la carga de la prueba, absolverá al imputado o rechazará la demanda.

Puede suceder, en cambio, que los hechos que resulten probados se integren en una *story*, y que esta *story* sea plausible. En ese caso, el juez presentará está narración de los hechos como fundamento de su decisión, pero no porque sea plausible, sino porque resulta verdadera en la medida en que ha sido confirmada por las pruebas. Puede también ocurrir que los hechos que han resultado probados se puedan integrar en distintas *stories*: en ese caso es razonable considerar que el juez presente como fundamento de

su decisión la *story* que resulte relativamente más plausible. Está claro, sin embargo, que de esta forma el criterio de la plausibilidad resulta un criterio absolutamente residual de elección entre distintas hipótesis reconstructivas que tienen todas el mismo valor de verdad, porque resultan de diversas "combinaciones narrativas" de los mismos hechos que han sido probados en juicio. En ningún caso, en cambio, la plausibilidad de una *story* puede ser adoptada como una razón autónoma y suficiente, independiente y desligada de la prueba de los hechos que la componen, para presentar esta *story* como fundamento de la decisión.

(Trad. de Jordi Ferrer Beltrán)

SOBRE LA POSIBILIDAD DE FORMULAR ESTÁNDARES DE PRUEBA OBJETIVOS*

Marina Gascón Abellán
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN. La construcción de un estándar de prueba es una elección política o valorativa por la que se determina cuál de los siguientes dos errores en el conocimiento de los hechos se considera más asumible: a) aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso, o b) no aceptar como verdadero (o dar por no probado) lo que es verdadero. La manera de formular estándares de prueba objetivos dependerá del esquema de valoración (y por tanto del concepto de probabilidad) que se maneje; en los esquemas matemáticos se formularán cuantificando el grado de probabilidad exigible para probar un hecho, a su vez en los esquemas basados en el grado de confirmación será estableciendo exigencias o grados de confirmación. En suma, Los estándares de prueba se insertan en un proceso de valoración racional, y en consecuencia su papel de guías para la valoración (primero) y de esquemas para la justificación (después) será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación.

ABSTRACT. The construction of a standard of proof is a political or evaluative choice that is used to determine which of the following two errors, when trying the facts, can be considered more acceptable: a) the admission of what is false as being true (considered proven), or b) the non admission of what is true as being true (or considered not proven). The way in which objective standards of proof are formulated will depend on the evaluation scheme (and therefore on the concept of probability) that has been chosen; in mathematical schemes the standards will be formulated by quantifying the degree of probability required in order to prove a fact, while in the schemes based on the degree of confirmation the standards will be formulated by establishing requirements or degrees of confirmation. In short, standards of proof fall within a rational evaluation process, and, as a result, the role they play as evaluation guides (firstly), and as schemes for justification (later), will be incomplete if both evaluation and justification are not carried out in accordance with the rational criteria required by the confirmation.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto SEJ2005-08466/JURI, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia.

Nota de la autora:

El presente trabajo tiene por objeto reflexionar sobre las posibilidades de formular estándares de prueba objetivos y sobre el alcance de tales fórmulas. Tiene su origen en la mesa redonda sobre "Valoración racional y estándares de prueba" que tuvo lugar en Tossa de Mar en el XI Congreso ítalo-español de teoría analítica del derecho, y en concreto en la lectura del texto principal presentado por Larry Laudan. No es, en sentido estricto, un comentario a este texto, pero ha estado altamente estimulado por él.

1. Valoración racional, grado de probabilidad y estándares de prueba objetivos

Frente a ciertas concepciones de la prueba para las que el proceso no debe estar orientado a la verdad sino primaria y exclusivamente a la resolución del conflicto, doy aquí por supuesto que, por muchas razones, el proceso (o más en concreto la prueba) debe orientarse a averiguar la verdad. Sin embargo, el conocimiento de hechos que tiene lugar en la prueba judicial es imperfecto o relativo, lo que obedece básicamente a dos tipos de razones. De un lado, razones institucionales: la prueba judicial, en cuanto actividad encaminada a averiguar la verdad de los hechos relevantes para la causa, no es una actividad libre, sino que se desarrolla a través de un más o menos estricto sistema de reglas y cauces institucionales que muchas veces limitan y otras claramente impiden la consecución de ese objetivo. De otro lado, razones epistemológicas: el razonamiento probatorio está constituido básicamente por inferencias inductivas basadas en leyes probabilísticas o incluso por inferencias basadas en generalidades sin demasiado fundamento o sencillamente en prejuicios. Por las razones señaladas no puede suponerse que los resultados de la prueba garanticen la certeza absoluta, sino sólo un cierto "grado de certeza", o de probabilidad, sobre la verdad del enunciado probado. En definitiva, los resultados alcanzados en la prueba de un enunciado sólo pueden expresarse en términos de probabilidad[1]. Lo anterior, claro está, no significa que los resultados de la prueba no puedan tratarse como verdaderos; es más, hay buenas razones para esperar que el resultado de una prueba rigurosa sea fidedigno. Significa tan sólo que en sentido estricto lo más que puede decirse es que la prueba concluye con una *hipótesis*, un enunciado que aceptamos como verdadero aunque no sabemos si lo es o no, y que *el grado de probabilidad suministrará un buen criterio para su justificación.*

De hecho esta es la tarea a la que se enfrenta una *valoración racional*, es decir, una valoración que se desarrolla conforme al principio de libre

[1] He argumentado ampliamente sobre esta cuestión en *Los Hechos en el Derecho. Bases Argumentales de la Prueba*, Madrid, Marcil Pons, 2ª ed. 2005.

convicción, pero interpretando ésta no como convicción libérrima sino guiada por reglas racionales: si valorar consiste en evaluar si puede o no darse por probado un hecho controvertido, valorar libre y racionalmente consiste, más precisamente, en evaluar si el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por la hipótesis que lo describe a la luz de las pruebas e informaciones disponibles es suficiente para aceptarla como verdadera. Por eso la principal tarea a la que se enfrenta una valoración racional es la de *medir la probabilidad*. Y por eso el objetivo de los modelos de valoración ha de ser proveer esquemas racionales para determinar el grado de probabilidad de las hipótesis, o su aceptabilidad.

Es en este contexto de valoración racional donde adquieren sentido y relevancia los estándares de prueba (en adelante SP), que son los *criterios que indican cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho*; o sea, los criterios que indican *cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe*. Teniendo en cuenta que esto ocurrirá cuando el grado de probabilidad o de certeza alcanzado por esa hipótesis se estime suficiente, la construcción de un SP implica dos cosas: a) en primer lugar implica decidir *qué grado de probabilidad o certeza se requiere* para aceptar una H como verdadera.; b) en segundo lugar implica *formular objetivamente* el SP; es decir, formular los criterios objetivos que indican cuándo se alcanza ese grado de probabilidad o certeza exigido**.** Y conviene enfatizar este último punto: un SP debe ser formulado conforme a criterios "objetivos", pues –como afirma L.Laudan– un SP subjetivo, por ejemplo la *intime conviction*, no es en absoluto un SP[2]. Para que un SP tenga sentido debe poder expresarse mediante un criterio controlable.

Los SP se insertan pues en un proceso de valoración racional. Más exactamente, cumplen dos funciones. Una función *heurística* primero (en cuanto guías de una valoración racional): el SP es el criterio conforme al cual deberá el juez formular su valoración final sobre los hechos de la causa. Y una función *justificadora* después (en cuanto criterios para la motivación): el SP es el criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria.

2. Niveles de exigencia: el SP como indicador del grado de probabilidad exigible

La primera de las cuestiones implicadas en la construcción de un SP (*¿qué grado de probabilidad o certeza se requiere para que pueda darse por probado un hecho?*) no puede responderse de una manera concluyente, pues

[2] Vid. el trabajo de L.Laudan en este mismo volumen.

no sólo depende de consideraciones epistemológicas sino también, y sobre todo, de cuestiones de *policy*.

Desde una perspectiva *epistemológica* cabe decir que la racionalidad exige un *grado de probabilidad mínimo* del que ningún orden jurisdiccional debería abdicar, a menos que estemos dispuestos a concebir la decisión probatoria como irracional. Ese grado mínimo lo constituye la *probabilidad prevalente,* que es el estándar de probabilidad normalmente exigido en el proceso civil. Según el estándar de la probabilidad prevalente (en adelante SPP) una hipótesis sobre un hecho resultará aceptable o probada cuando sea más probable que cualquiera de las hipótesis alternativas sobre el mismo hecho manejadas o consideradas en el proceso y siempre que dicha hipótesis resulte "más probable que no"; es decir, más probable que su correlativa hipótesis negativa. En consecuencia, en el caso de que sólo exista una hipótesis sobre el hecho en cuestión, el criterio de la probabilidad prevalente se resume en la regla "más probable que no"[3]. Con todo, cabe decir también que cuanto más exigente sea el estándar para probar un hecho, más racional será la decisión que declara probado ese hecho, pues un SP muy exigente minimiza la posibilidad de error y maximiza la posibilidad de acierto. Por eso, aunque el SPP es racional, resulta más racional un SP cualificado. Otra cosa es que pueda decirse –como hace Taruffo– que un proceso gobernado por un SP muy exigente no tiene como objetivo primario la búsqueda de la verdad, o más precisamente, la eliminación de errores, pues conforme disminuye la posibilidad de errar al declarar probado un hecho, aumenta la posibilidad de errar al darlo por no probado[4].

Pero la construcción de un SP no depende sólo ni fundamentalmente de cuestiones de racionalidad, sino también y sobre todo de cuestiones de *policy*. Ello es así porque un SP establece una determinada distribución del error, y una distribución del error supone una determinada elección (político-valorativa) sobre la intensidad con que deben ser garantizados los derechos o intereses afectados por cada uno de los errores posibles.

En una decisión probatoria, en efecto, hay dos errores posibles:

- *Error 1*: aceptar como verdadero (o dar por probado) lo que es falso.
- *Error 2*: no aceptar como verdadero (o dar por no probado) lo que es verdadero.

No cabe duda que una decisión jurídica basada en una tesis fáctica errónea (sea por el *Error 1* o por el *Error 2*) afecta derechos o intereses y/o

[3] Sobre las exigencias del estándar de la probabilidad prevalente, cfr. M.Taruffo, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", *Jueces para la Democracia*, 52, marzo de 2005, pp. 68-69.

[4] Cfr. El trabajo de Taruffo en este mismo volumen.

defrauda expectativas legítimas. Por lo tanto, dependiendo de la importancia que se conceda a los derechos o intereses afectados por cada tipo de error, el SP será más o menos tolerante con ese tipo de error, y en consecuencia más o menos exigente. Son, pues, posibles tres situaciones.

A) Si se considera que los derechos o intereses afectados por los dos errores posibles merecen la misma protección (es decir, si se consideran igual de tolerables o asumibles ambos tipos de error), entonces el SP no será particularmente exigente y la probabilidad preponderante puede bastar.

B) Si se considera que los intereses afectados por el *Error 1* merecen mayor protección que los afectados por el *Error 2* (es decir, si se considera más tolerable o asumible el *Error 2* que el *Error 1*), entonces el SP será particularmente exigente. La probabilidad prevalente no bastará y el SP exigirá una probabilidad cualificada. Esta es la razón por la que en el proceso penal, donde se considera que los derechos afectados por un eventual *Error 1* (dar por verdadera o probada la hipótesis acusatoria) deben ser intensamente protegidos, se es muy poco tolerante con el *Error 1* y en consecuencia se exige un SP muy cualificado.

C) Si, por el contrario, se considera que los derechos o intereses afectados por el *Error 1* merecen menor protección que los afectados por el *Error 2* (es decir, si se considera más tolerable o asumible el *Error 1* que el *Error 2*), entonces el SP será poco exigente y podrá valer una probabilidad por debajo de la probabilidad preponderante.

En todo caso, la mayor o menor tolerancia con cada uno de los errores posibles es una cuestión *de grado*: se puede ser *bastante* tolerante con el error 1, o *poco* tolerante, o *muy poco* tolerante o *nada* tolerante. Y en consecuencia, puede haber una gradación de SP sobre un hecho, según los niveles de exigencia para dar por probado ese hecho (o de tolerancia con el *Error 1*).

En definitiva, un SP específico se construye decidiendo cuál de los dos errores posibles se considera preferible o más asumible (el de aceptar como verdadero lo que es falso o el de no aceptar como verdadero lo que es verdadero) y en qué grado estamos dispuestos a asumirlo. Y esta es, en última instancia, una elección política o valorativa.

3. Formulación de los SP: esquemas de valoración

Llegamos así a la segunda de las cuestiones implicadas en la construcción de un SP: la de formular el estándar; es decir, formular los criterios objetivos que nos indican cuándo puede darse por probado un (enunciado sobre un) hecho. Ahora bien, la formulación de un SP está muy vinculada a los esquemas de valoración que se manejen. Nos detendremos ahora en este punto previo.

Existen al menos dos grandes esquemas o modelos de valoración racional de la prueba que suponen una distinta formulación de los SP: a) los basados en la aplicación de instrumentos matemáticos al proceso de valoración y b) los basados en esquemas de confirmación. Ambos modelos se corresponden con las dos grandes nociones de probabilidad: la matemática o estadística, que entiende que la probabilidad se predica de sucesos y se interpreta en términos de frecuencia relativa de la clase de eventos a la que pertenecen; y la lógica o inductiva, que se predica de proposiciones, y no de sucesos, y se corresponde con el uso común de "probablemente", "posiblemente", "presumiblemente" algo es verdad. Es decir, dicho concepto interpreta la probabilidad como una generalización de la verdad.

3.1. Quizá debido al gran desarrollo alcanzado por el cálculo matemático de probabilidades, no faltan los planteamientos que entienden que este cálculo es un buen instrumento para dar también cuenta de los procesos de razonamiento inductivo, aunque aplicando la probabilidad a enunciados en vez de a sucesos. El intento se ha realizado fundamentalmente con la aplicación del *Teorema de Bayes* a las inferencias jurídicas basadas en probabilidades subjetivas[5]. En su formulación más simple, el teorema afirma que la probabilidad de un evento H dado un evento E, puede determinarse en función de la frecuencia estadística con la que dado H se verifica E y de la probabilidad atribuida precedentemente al evento H[6]. Así pues, la fórmula bayesiana *permite medir el impacto que, sobre la probabilidad subjetiva previa del hecho que se pretende probar, provoca la introducción de ulteriores elementos de prueba*. Su utilidad en el proceso reside –a juicio de los bayesianistas Finkelstein y Fairley– en que permite combinar información estadística sobre un cierto suceso con información no estadística[7].

En el esquema matemático en general y en el bayesianismo en particular el SP se formula con absoluta precisión, indicando *numéricamente* el grado de probabilidad que debe alcanzar la hipótesis en cuestión (por ejemplo, 0.9), por debajo del cual no se considerará justificado aceptarla como verdadera. El problema es que este modelo presenta aún serias deficiencias y dificultades para fundar una teoría general de la valoración de la prueba, y

---

[5] La "probabilidad subjetiva" indica el grado de creencia personal de un *factfinder* racional sobre el acaecimiento de un suceso incierto.

[6] $$P(H/E) = \frac{P(E/H)}{P(E/No\text{-}H)} P(H)$$

[7] M.O. Finkelstein y W.B. Fairley, "A Bayesian Approach to Identification Evidence", *Harvard Law Rev.*, 83, 1970. Sobre el bayesianismo pueden verse además los trabajos del simposio "Decision and Inference in Litigation", *Cardozo Law Rev.*, 13, 1991.

por eso ha sido objeto de numerosas críticas. Algunas de estas críticas están animadas por consideraciones *prácticas*. Por ejemplo, llaman la atención sobre lo difícil que resulta para el juzgador cuantificar su valoración subjetiva previa; o sobre el riesgo que entraña poner en manos de los jueces instrumentos estadísticos incomprensibles para ellos. Además, la fórmula bayesiana supone un cálculo matemático relativamente simple en el caso-base de tener que valorar *una sola prueba* que versa *directamente* sobre la hipótesis a probar, que es además una *hipótesis simple*. Pero la complicación del cálculo aumenta de manera impresionante cuando se usa para resolver situaciones más complejas, como la *pluralidad* de elementos de prueba relativos a una hipótesis, la *cascaded inference* (o prueba mediata) o la prueba de una hipótesis referente a un hecho complejo. Otras críticas, en cambio, *ponen en cuestión la validez epistemológica del modelo en el campo judicial,* en la medida en que conduciría a resultados contraintuitivos y resultaría dudosamente compatible con principios fundamentales del ordenamiento, como la presunción de inocencia[8].

3.2. Pero racionalizar la valoración de la prueba no exige necesariamente la aplicación del cálculo matemático-estadístico. De hecho, la adopción de modelos matemáticos, quizás por las dificultades que presentan pero quizás también por la tradicional resistencia de los juristas a abrirse a conocimientos extrajurídicos, ha tenido escaso éxito, y los modelos de valoración racional de la prueba más aceptados (y que mayor predicamento han alcanzado) son los basados en *esquemas de confirmación,* que entienden que la *probabilidad (lógica o inductiva)* de una hipótesis depende del apoyo que le prestan las pruebas con las que está conectada a través de reglas causales. La probabilidad se mide aquí, no en términos de frecuencia relativa, sino de "grado de creencia", "apoyo inductivo" o "grado de confirmación" de una hipótesis respecto de una información. Por eso, para facilitar la comunica-

[8] El blanco de las críticas lo constituye aquí el papel desempeñado por la *probabilidad previa* del hecho que se quiere probar. Si el valor atribuido a la misma fuera bajo, también sería bajo el resultado de la valoración final, con independencia de que la probabilidad indicada por el nuevo material probatorio fuese alta. Pero además, y conectado con ello, si la formulación de la *probabilidad previa* estuviera viciada de un error inicial, podría atentar contra principios básicos del ordenamiento, como la presunción de inocencia. En suma, el uso del teorema de Bayes produce una sobrevaloración de la probabilidad inicial y una minusvaloración del peso que tienen las nuevas pruebas en el cálculo de la probabilidad final. Para las deficiencias del bayesianismo vid. L.H.Tribe, "Trial by Mathematics", *Harvard Law Rev.*, 84, 1971; M.Taruffo, *La prueba de los hechos*, Madrid, Trotta, 2004; y H.L.Cohen, *The Probable and the Provable*, Oxford, Clarendon Press, 1977. Me remito también, en todo caso, a la atinada y detenida crítica de L. Laudan al bayesianismo, en su trabajo de este mismo volumen.

ción y evitar confusiones, parece acertada la propuesta de R.D.Friedman[9] de reservar el término "probabilidad" para la teoría convencional de la probabilidad matemática, y hablar en su lugar de grado de confirmación o de certeza. Por lo demás, el esquema valorativo del grado de confirmación es el que mejor se adecua a la estructura de los problemas probatorios con que el juez se encuentra: la existencia de una o varias hipótesis sobre los hechos de la causa y la necesidad de establecer, sobre la base de las pruebas disponibles, cuál de ellas resulta más aceptable o atendible.

Desde luego, en los esquemas de valoración basados en la probabilidad lógica o inductiva no contamos con la seguridad que proporcionan los números, por lo que los SP, en lugar de indicar numéricamente el grado de probabilidad que debe alcanzar una hipótesis sobre un hecho, deberán indicarnos cuándo está justificado aceptar dicha H como verdadera; es decir, cuáles son los criterios que establecen cuándo se ha conseguido la prueba de un hecho. Pues bien, puesto que la *probabilidad lógica o inductiva* de una H es equivalente a su *grado de confirmación* por las pruebas disponibles, cabe decir que una H podrá aceptarse como verdadera si *no ha sido refutada* por las pruebas y ha sido *confirmada por éstas en grado suficiente*. Por tanto, un SP se formulará mediante reglas o criterios de aceptabilidad de las hipótesis, que descansarán en última instancia en el grado de confirmación de las mismas. Y por eso un SP específico se caracterizará por exigencias de confirmación más o menos severas.

4. Formulación de los SP: criterios objetivos para formular un SP

4.1. Dificultades de formulación de SP objetivos

En el epígrafe anterior se ha dicho que la manera de formular SP objetivos dependerá del esquema de valoración (y por tanto del concepto de probabilidad) que se maneje: en los esquemas matemáticos los SP se formularán *cuantificando el grado de probabilidad exigible* para probar un hecho; en los esquemas basados en el grado de confirmación los SP se formularán *estableciendo exigencias o grados de confirmación*. Tiene sentido preguntarse ahora *con qué fórmulas concretas se pueden expresar los SP*. Pero antes, dos observaciones.

La primera es que, en realidad, el problema de encontrar fórmulas concretas para expresar un estándar no afecta a los SP basados en la probabilidad matemática, que se expresan cuantitativamente. El problema atañe sólo a los SP basados en la probabilidad lógica o inductiva; es decir, los propios de los esquemas valorativos del grado de confirmación, que sin embargo

[9] "Assessing Evidence", *Michigan Law Rev.*, 94, 1996, p. 1821.

–y como hemos dicho– parecen los más apropiados para dar cuenta de la prueba judicial.

La segunda es que, en la medida en que las fórmulas posibles para expresar un SP habrán de descansar en última instancia en exigencias o grados de confirmación, la búsqueda de estas fórmulas plantea dificultades. De una parte, porque, a diferencia de lo que ocurre con la probabilidad matemática, *el grado de confirmación es difícilmente cuantificable*, y por tanto la formulación del SP conforme a criterios objetivos se hace mucho más complicada. De otra, porque las situaciones probatorias pueden ser muy complejas y diferentes, y por tanto *no valdría un criterio único para formular el SP*: habría que establecer un criterio para cada una de ellas.

Para superar la primera dificultad es necesario no dejarse abatir por el "síndrome de los números", por el empeño de que sólo vale lo que se puede acreditar con una precisión matemática. Por el contrario, hay que afrontar esta tarea con el objetivo (modesto, si se quiere, pero más factible) de *encontrar fórmulas o criterios intersubjetivos para reconstruir la justificación de la decisión probatoria.*

La segunda dificultad, por su parte, es una dificultad "empírica": es realmente difícil construir formulaciones de un SP para cada una de las situaciones probatorias con las que el juez puede encontrarse. No obstante, y aunque las situaciones probatorias que pueden presentarse pueden ser muy variadas, a efectos de ilustrar cómo puede formularse un SP creo que podemos prescindir de este dato.

4.2. ¿Con qué tipo de fórmulas se pueden expresar los SP?

Por centrarme en el texto de Larry Laudan tomaré como referencia la prueba en el proceso penal. Laudan sugiere tres formulaciones de un SP para este proceso (A, B y C) como si fueran equivalentes o alternativas. En mi opinión esta visión no es correcta, pues, aunque pueda estarse de acuerdo con él en que las tres fórmulas (A, B y C) exigen que la hipótesis de la culpabilidad supere un *Severe Test*, cada una de ellas refleja un distinto grado de severidad o de exigencia, y por tanto un distinto SP, de manera que no son equivalentes sino que se optará por una u otra en función de lo exigente que se quiera ser para condenar. En otras palabras, aunque convengamos que en el proceso penal la hipótesis de la culpabilidad ha de superar un *severe test*, el *severe test* no es único. Hay distintos niveles de severidad o exigencia, y por tanto distintos SP, y la elección de uno u otro depende de lo exigente que se quiera ser para condenar; es decir, de la distribución de error por la que se haya optado, o si se quiere, de la intensidad con la que quieran protegerse los valores afectados por una eventual condena errónea.

Formulación de estándares de prueba (según niveles de exigencia) para condenar.

Parto de la base de que cualquier SP para condenar exige que la hipótesis de la culpabilidad (en adelante Hc) no haya sido refutada. Pero, una vez cumplido este requisito, se podrían formular SP más o menos exigentes en virtud de los distintos grados de confirmación exigidos para la Hc y de los distintos grados de confirmación tolerados para la hipótesis de la inocencia (en adelante Hi).

Para ilustrar esto podemos reconstruir los posibles grados de confirmación exigidos (para Hc) y tolerados (para Hi) asignándole el valor de 1 a la confirmación sólida, de 0.5 a la confirmación débil y de 0 a la ausencia de confirmación. Puede entenderse, a estos efectos, que hay una *confirmación sólida* cuando las pruebas, consideradas en su conjunto, *sólo* encuentran explicación si la hipótesis es verdadera (p→h); o sea, cuando no son compatibles con la hipótesis contraria o sería muy difícil explicarlas si la hipótesis contraria fuera verdadera. Por el contrario, estaremos ante una *confirmación débil* cuando las pruebas puedan explicarse si entendemos que la hipótesis es verdadera, pero no son incompatibles con la hipótesis contraria (h→p).

Para simplificar las situaciones podemos representar los posibles grados de confirmación de Hc y de Hi del modo siguiente:

-Posibles grados de confirmación de Hc:

-Sólidamente confirmada: Hc-1

-Débilmente confirmada: Hc-0.5

-Posibles grados de confirmación de Hi:

-Sólidamente confirmada: Hi-1

-Débilmente confirmada: Hi-0.5

-Ausencia de confirmación: Hi-0

Pues bien, podemos reconstruir una escala de SP según los niveles de exigencia (o de severidad) para condenar. Los SP posibles, ordenados de menos exigente a más exigente, vienen caracterizados por el grado de confirmación exigido para Hc y por el grado de confirmación tolerado para Hi. Son los siguientes:

SP1: Hc-0.5 (exigido) y Hi-1 (tolerado)

SP2: Hc-0.5 (exigido) y Hi-0.5 (tolerado)

SP3: Hc-0.5 (exigido) y Hi-0 (tolerado)

SP4: **Hc-1** (exigido) y **Hi-1** (tolerado)

SP5: **Hc-1** (exigido) y **Hi-0.5** (tolerado)

SP6: **Hc-1** (exigido) y **Hi-0** (tolerado)

Creo que puede convenirse que el proceso penal exige una sólida confirmación de Hc. Por eso queda descartado el SP1, que es incluso irracional,

el SP2, donde ni siquiera hay una clara prevalencia de la Hc, y el SP3, que supone que la Hc sólo está débilmente confirmada.

Sin embargo, los SP 4, 5 y 6 exigen todos una sólida confirmación para Hc, y por tanto en línea de principio podrían funcionar como estándares de prueba de Hc. La diferencia entre ellos está marcada por el distinto nivel de tolerancia a la confirmación de la Hi:

El **SP4** es *tolerante con la existencia de pruebas que confirmen (incluso sólidamente)* la Hi. Por tanto, conforme a este SP se puede condenar aunque existan pruebas que *sólo* puedan explicarse si Hi fuera verdadera; o sea, pruebas que no son compatibles con Hc o que sería muy difícil explicar si Hc fuera verdadera. Me parece que este SP se correspondería con la regla C) de Laudan.

El **SP5** *exige que no existan pruebas que confirmen sólidamente la Hi pero es tolerante con la existencia de pruebas que confirmen débilmente Hi***.** Por lo tanto, según este SP se puede condenar aunque existan pruebas que sean compatibles con Hi (o que se puedan explicar si Hi fuera verdadera) pero que no son incompatibles con Hc. Me parece que este SP expresaría el mismo nivel de exigencia que la regla A) de Laudan.

Finalmente, el **SP6** *exige que no existan pruebas que confirmen ni sólida ni débilmente la Hi.* Por tanto, conforme a este SP sólo se puede condenar cuando la Hi no goce de ningún grado de confirmación. Por el contrario, no se puede condenar si existen pruebas que apoyen o confirmen Hi aunque sea en grado mínimo; es decir, pruebas que puedan explicarse por (o sean compatibles con) la Hi.

5. Sobre el alcance heurístico y justificatorio de los SP

Es evidente que lo anterior no pretende ser, ni mucho menos, una propuesta elaborada de formulación de SP objetivos. Tan sólo tiene por objeto mostrar que los números no agotan la objetividad y que es posible ensayar SP objetivos en el ámbito de la probabilidad inductiva, es decir, recurriendo a los esquemas de confirmación.

De todos modos, aunque pudiéramos formular estándares de prueba con más o menos finura y precisión, conviene no exagerar ni el valor heurístico ni el valor justificatorio de un estándar. Respecto a lo primero, un SP es una *guía para la valoración racional.* Pero una guía limitada. En concreto, el valor de un SP –como señala reiterada y (creo) acertadamente Laudan– consiste en indicarle al juez lo que debe buscar en la prueba para poder después justificar su decisión, y por tanto la dirección en que debe buscar pruebas. Por ejemplo, si en el proceso penal el SP exige la sólida confirmación de la hipótesis acusatoria, lo que le indica al juez es que no debe escrutar (o interesarse por) la existencia de pruebas que simplemente confirmen o sean

compatibles con dicha hipótesis, sino de pruebas que, de ser ciertas, no podrían explicarse si la hipótesis acusatoria fuera falsa. Pero no indica mucho más. El juez tendrá aún por delante la tarea de valorar esas pruebas y de atribuirles un determinado peso en la formación de su convicción, y el SP no ayuda en este punto. Respecto a lo segundo, un SP es el *criterio conforme al cual ha de reconstruirse la justificación de la decisión probatoria.* Pero tampoco es mucho más que eso. Ello significa que la justificación de la decisión será incompleta si no se justifica la concurrencia de los elementos que componen el estándar. Así, si el estándar fuera el SP5 y la decisión fuera condenatoria, no bastaría con decir que la Hc está sólidamente confirmada y la Hi no lo está: habría que justificar aún por qué la Hc está sólidamente confirmada (es decir, por qué las pruebas de cargo, consideradas en su conjunto, no podrían explicarse si Hi fuera verdadera) y la Hi, en cambio, no. Y para ello será necesario recurrir a lo que podríamos denominar "argumentos de la confirmación"; es decir, argumentos para sostener por qué está confirmada o no una hipótesis y con qué intensidad o grado está confirmada.

Estos *argumentos de la confirmación*, que son los argumentos para acreditar el grado o solidez de la confirmación (o si se quiere, la probabilidad inductiva de una hipótesis), derivan de la propia estructura de la confirmación, entendida como el apoyo que una prueba o una información presta a una hipótesis con la que está conectada a través de una regla causal. Así, en línea de principio, y sin ninguna intención de exhaustividad, podría decirse que el grado de confirmación de una hipótesis (o la solidez de la confirmación), aumenta o disminuye en función de los siguientes elementos: el *fundamento cognoscitivo de las leyes causales* que conectan las pruebas con la hipótesis (no es lo mismo que esas leyes causales gocen de un sólido fundamento científico, que sean genéricas e imprecisas máximas de experiencia, o que reproduzcan simples tópicos o prejuicios difundidos); la *solidez epistemológica (o el grado de certeza) de las pruebas* que la confirman (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por el resultado de una prueba de ADN o por un testimonio no demasiado sólido); el *número de pasos inferenciales* que separan las pruebas de la hipótesis (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una prueba directa o por una prueba circunstancial); la *cantidad de pruebas o confirmaciones* (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada por una sola prueba, por algunas pruebas o por muchas pruebas); y la *variedad de pruebas o confirmaciones*, pues la variedad de pruebas proporciona una imagen más completa de los hechos (no es lo mismo que la hipótesis venga confirmada sólo por testimonios directos o que venga confirmada por testimonios directos, pruebas científicas y pruebas indiciarias).

En definitiva, los *estándares de prueba* responden a la pregunta de cuándo se ha alcanzado la prueba de un hecho, o más precisamente, cuándo está justificado aceptar como verdadera la hipótesis que lo describe, y descansarán en última instancia en exigencias o grados de confirmación. Los *argumentos de la confirmación*, en cambio, son razones para justificar la solidez o la debilidad de la confirmación y responden, por tanto, a la pregunta de por qué una hipótesis está más o menos confirmada o resulta más o menos probable. Son también, retroactivamente, criterios a los que el juez debería atender para valorar el grado de confirmación que las pruebas atribuyen a una hipótesis. Los SP, en suma, se insertan en un proceso de valoración racional, y por eso su papel de guías para la valoración (primero) y de esquemas para la justificación (después) será incompleto si esa valoración y justificación no se acompaña de los criterios racionales exigidos por la confirmación.

PROLONGACIONES A PARTIR DE LAUDAN

Juan Igartua Salaverría
Universidad del País Vasco

RESUMEN. La asimilación de la "duda razonable" al proceso penal español como estándar de prueba reporta grandes beneficios además de que encuentra un acomodo más garantista del que tiene en su ambiente jurídico originario, en los sistemas de *common law*. Esto, debido a la obligación de jueces y jurados de motivar en la sentencia o el veredicto ese particular aspecto. Con ello, por un lado se legitima la decisión jurisdiccional en la medida en que sólo una duda bien razonada acredita ser una "duda razonable". Por otro, porque sólo cabe el control (procesal y extraprocesal) de lo público o de lo publicado, no de lo que se enclaustra en el recinto mental del juzgador.

ABSTRACT. Assimilating "reasonable doubt" into the Spanish criminal procedure as a standard of proof is highly beneficial and, in addition, it finds a support which is more respectful with due process requirements than that which it is in its original legal scope, common-law systems. This is so, as a result of the judges´ and juries´ obligation to justify this specific aspect in their opinions or verdicts. By doing so, on the one hand, the court decision is legitimized in the sense that only a well reasoned doubt is recognized as a "reasonable doubt". On the other hand, control (procedural and extra-procedural) is only possible in the case of what is public or what has been published, and not in the case of what remains within the minds of those who judge.

Tras una morosa degustación del texto que el prof. Laudan (*Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar*) nos brinda, de buena gana yo declinaría la invitación de hilvanar algún comentario a su propósito por el simple motivo de que no sabría decir algo rentable. No obstante, me tomo la libertad de formular un puñado de apostillas sólo abocetadas, más *con ocasión* de lo dicho por Laudan que directamente *sobre* lo defendido por él.

1. La preocupación que copa el entero escrito de Laudan estriba en el tipo de instrucciones que se imparten a los jurados estadounidenses acerca del "estándar de prueba" (o *quantum* de prueba, como se estila decir aquí) requerido para emitir un veredicto de culpabilidad. Y, como subraya el autor, las formulaciones de curso más usual (tanto las de cuño cuantitativo como las cualitativas) tienen el común denominador de identificar finalmente el "estándar de prueba" con instancia tan subjetiva como resulta ser la convicción individual de cada jurado. Lo cual resulta catastrófico. (Si se desea conocer al detalle la ristra de contraindicaciones que eso comporta, léase también la impecable e implacable crítica de Jordi Ferrer a la "convicción" como actitud proposicional del juzgador[1]).

Yo me pregunto si el riesgo de semejante subjetivismo sólo acecha a los jurados y no así a los jueces profesionales de los Estados Unidos. Según mi información, la mayor parte de los procesos penales corren de la íntegra cuenta de jueces profesionales ya que la participación o no de los jurados es potestativa de los justiciables y éstos, por razones que no vienen ahora al caso, suelen optar con preferencia por jueces exclusivamente. ¿Qué pasa con los jueces? ¿Funcionan, de hecho, conforme a criterios más objetivos que los jurados por mucho que no acierten a explicárselos cuando los instruyen? ¿O las fórmulas que emplean en la instrucción de los jurados reflejan cabalmente su propia práctica? Se trata seguramente de preguntas retóricas, así que las dejo estar.

2. Dice Larry Laudan que su análisis se ciñe al derecho anglosajón y, por razones biográficas, también al mejicano; y que, si bien no está dispuesto a afirmar que su crítica se aplica por doquier, sin embargo aventura la suposición de que lo dicho vale parecidamente para la mayor parte de los sistemas europeos de justicia penal. Pues bien, el manojo de comentarios que seguirá a continuación provienen de mi inevitable instalación en un sistema jurídico *singular* (no sólo por ser *uno* sino, además, por algunos rasgos *distintivos*

[1] En su libro *Prueba y verdad en el derecho*, Madrid-Barcelona, 2ª ed., 2005; pp. 80-96.

de nuestro jurado[2]; institución ésta –la del jurado– protagonista en exclusiva del *paper* de Laudan, aunque eso tendrá sólo relativa importancia en lo que sigue).

Por mucho que yo siga un periplo más bien casual, anticiparé que el propósito que recorre esta mi gavilla de comentarios consiste en mostrar el beneficio que puede reportar al proceso penal español la asimilación de la "duda razonable" como estándar de prueba y cómo éste puede hallar en nuestro derecho procesal acomodo más garantista del que encuentra en su propia cuna, es decir en los sistemas de *common-law*.

3. En lo que toca a España, me temo que las cosas están aún más verdes que en los Estados Unidos; pues entre nosotros, amén de concebir también la "convicción" y la "duda" en clave meramente psicológica, por añadidura se ha generado –según subraya Perfecto Andrés[3]– una confesada resistencia a incluir el "in dubio pro reo" en esa constelación de elementos que se suele articular en derredor de la presunción de inocencia[4], es decir una aversión a conceder que la presunción de inocencia reporta un más exigente estándar de prueba. No se me escapa –como ha observado Taruffo[5]– que la presunción de inocencia no implica *per se* un nivel de prueba particularmente elevado bastando con una probabilidad prevalente a favor del enunciado acusatorio; si bien –apunta ese mismo autor– hay poderosas razones de naturaleza ético-política e incluso jurídica para prescribir un estándar probatorio destacadamente alto en el proceso penal. De todos modos, no va por esos derroteros analítico-conceptuales (es decir si hay o no implicación lógica entre la presunción de inocencia y un específico *quantum* de prueba) la renuencia de significados sectores españoles (de la jurisdicción y de la doctrina) a incardinar el "in dubio" dentro de la presunción de inocencia; importa señalar –por lo que atañe en perpendicular al texto de Laudan– que esa postura reactiva española obedece justamente a una oposición a traducir el "in dubio pro reo" en un estándar de prueba controlable y, por eso, al menos medianamente objetivo[6].

---

[2] Me refiero a la circunstancia de que aun siendo el jurado español de corte "puro o anglosajón", a diferencia de éste tiene la obligación de motivar su veredicto.

[3] "Sobre prueba y proceso penal", *Discusiones*, 2003, nº 3; p. 62.

[4] A los que se dedica un cuidadoso análisis en el reciente libro de M. Fernández López, *Prueba y presunción de inocencia*, Madrid, 2005.

[5] "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", *Jueces para la Democracia*, 2005, nº 52; p. 71.

[6] Semejante argumentación se dejaría sintetizar de este modo: 1)la presunción de inocencia, siendo como es un derecho fundamental, puede servir para fundamentar un recurso de casación (ante el TS) y de amparo (ante el TC); 2) ahora bien, como la convicción de los tribunales de instancia no es revisable ni en casación ni en amparo, el control sobre la observancia de la presunción de inocencia se refiere a facetas distintas de la valoración de las pruebas; 3) y como

Es cierto que, en medio de ambiente tan adverso, algunos han acometido la supuesta *gesta* de reintroducir la regla del "in dubio pro reo" en el corazón de la presunción de inocencia, pero de una manera bastante peculiar. ¿Y qué se ha ganado con ello? Absolutamente nada. Veamos, si no, lo que escribe un notísimo penalista y magistrado del TS (y, al parecer, engolosinado por la producción doctrinal alemana). Dice: "el principio *in dubio pro reo* tiene dos dimensiones que se deberían distinguir: una dimensión normativa y una dimensión fáctica que, en general, no han sido tenidas en cuenta por la jurisprudencia ni por la doctrina. En esta última –la dimensión fáctica– el principio hace referencia al estado individual de duda de los jueces, y por lo tanto debe quedar fuera de la casación, pues el Tribunal de casación no puede obligar al Tribunal *a quo* a dudar cuando éste está realmente convencido respecto del sentido de una prueba que se ha percibido directamente. Por el contrario, la dimensión normativa se manifiesta en la existencia de una norma que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado. Esta norma es vulnerada cuando se condena sin haber alcanzado tal convicción"[7]. O sea, lo determinante del "in dubio" consiste en comprobar si el juez ha sido consecuente (absolviendo si previamente ha manifestado tener alguna duda o condenando si ha expresado no tenerla), pero estaría vedado inquirir sobre el fundamento de la convicción o de la duda[8]. Por tanto, la dimensión normativa del "in dubio" (la única que de verdad contaría) queda a expensas de cualquier accidental e incontrolada convicción del juzgador. ¿Y para semejante nadería vale la pena esforzarse por la inclusión del "in dubio pro reo" en el cogollo de la presunción de inocencia?

Repárese, encima, que en ese planteamiento no hay siquiera conciencia de la naturaleza problemática de nociones tales como "convicción" o "duda". Aquí se está lejísimos de los variados intentos –por fallidos que a la postre hayan resultado– que afloran en múltiples sentencias de tribunales norteamericanos y de los que Larry Laudan ha dado cuenta crítica en otro

---

la regla del "in dubio pro reo" se enclava en el centro mismo de la valoración de las pruebas, aquélla es ajena al principio de la presunción de inocencia.

[7] E. Bacigalupo Zapater, "La impugnación de los hechos probados en el recurso de casación penal", *Estudios de Jurisprudencia*, 1992, nº 1; p. 53.

[8] Ese planteamiento me parece, con todos los respetos, no menos inatendible que, si ante un ciudadano que se cree Napoleón, omitimos inquirir en qué se cimenta esa creencia y ceñimos nuestra atención a observar si el citado sujeto adopta la pose que se atribuye al emperador francés (el brazo derecho cruzado sobre el pecho y la mano introducida en la casaca). Y si no lo hace, se le toma por loco; no por creerse Napoleón (cada cual es libre de creerse lo que quiera, como el juez es libre al valorar las pruebas) sino por no adecuar el gesto al personaje.

trabajo suyo[9]. Me refiero a los ensayos por definir la regla de "más allá de la duda razonable" en términos p.ej. de "seguridad apropiada para asumir decisiones importantes para la vida propia", o a redefinir la "duda razonable" p.ej. como "la duda que induciría a una persona prudente a dudar de si hacer algo o no", y así sucesivamente. Tanteos –como dije– tal vez saldados con el fracaso pero que, cuando menos, dejan traslucir las inquietudes de una jurisprudencia (la norteamericana) traspasada de honestas vacilaciones a la hora de formular el significado de "convicción" y de "duda razonable". En cambio, nada de parecidas inquietudes garantistas en la susodicha y satisfecha élite española que dice frecuentar "la doctrina europea actual" o "la moderna doctrina procesal" (cuyo mentor, no sé si más relevante o simplemente compendioso, parece ser Claus Roxin)[10].

4. Ignoro si la mentada avanzadilla española ha sucumbido ante el prejuicio de "quod non est in Germania non est in Europa", pero lo cierto es que ya algunos prominentes tribunales italianos (el de Casación entre ellos) –influidos seguramente por el libro *Giustizia e modernità* de Federico Stella[11]– se apartan de la idea (de Roxin, entre otros) según la cual "el principio del *in dubio* no es una regla de valoración de la prueba, sino que entra en funcionamiento sólo después de que la valoración de la prueba haya concluído"[12], y en su lugar proclaman que "el más allá de la duda razonable" debe constituir "la regla probatoria y de juicio en el proceso penal, indispensable para asegurar la protección de los inocentes y el respeto de los fundamentos constitucionales del Estado"[13]. Pues bien, lamentablemente no ha llegado noticia de semejante viraje a personas que presumen de estar al corriente de "la doctrina europea actual", como si eso de la "duda razonable" fuera una pieza procesal de la "cultura jurídica anglosajona" que a nosotros no nos afecta[14].

---

[9] "Is ´Reasonable Doubt´ Reasonable?", *Legal Theory*, 2003, nº 3.

[10] E. Bacigalupo Zapater, "Doble instancia y principio de inmediación (A propósito de la llamada "doble instancia"), *Actualidad Penal*, 2002, nº 12; p. 289 nota 33.

[11] La referencia completa es *Giustizia e modernità. La protezione dell´inocente e la tutela delle vittime*, Milán, 2001.

[12] C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, 25ª ed., Munich, 1998; p. 106.

[13] Citado en F. Centonze, "La Corte d´assise di fronte al ´ragionevole dubbio´", *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2003, núms. 1-2; pp. 673-674. En esta misma revista aparecen otras dos contribuciones que abundan en la incidencia de la regla del "más allá de la duda razonable" en la jurisprudencia de la Corte di cassazione, a saber: G. CANZIO, "L´ ´oltre il ragionevole dubbio´ como regola probatoria e di giudizio nel processo penale", 2004, nº 1; y F. D´Alessandro, "L´oltre ogni ragionevole dubbio nella revisione del processo", 2004, nº 2.

[14] "La presunción de inocencia, a diferencia de como es entendido este derecho en la cultura jurídica anglosajona, no requiere que el Juzgador llegue a un estado de convicción que

Por contra, otros que en España también otean –pero sin tanta fanfarria– horizontes internacionales, sí han tenido ocasión de sintonizar con esa onda[15]. Y entre unos (los italianos) y otros (algunos españoles contados) nos han abastecido de enseñanzas para captar el meollo del problema que afronta Laudan: el de conferir objetividad y operatividad garantista a la regla del "más allá de la duda razonable" en tanto que estándar probatorio.

5. Nada tengo que oponer a la justificada severidad con que Laudan denuncia el subjetivismo en el que se disuelven las más socorridas formulaciones que pretenden concretar el nivel de prueba exigible para emitir un veredicto (o una sentencia, en su caso) de culpabilidad. Ni me toca nada que añadir a su certero y didáctico análisis acerca del contrasentido que encierra el valorar las propias creencias en términos de probabilidad cuantitativa. Ni menos osaría discutir la conveniencia de que aquél listado de fórmulas subjetivistas haya de ser reemplazado por un criterio de corte objetivo tal como que se debe considerar superado el listón de la "duda razonable" cuando, a la vista de los elementos de prueba acreditados, no es posible sostener una hipótesis mínimamente creíble alternativa a la de la acusación.

No obstante, de esto último deseo decir alguna cosa. De poco valdría haber conquistado un criterio objetivo si, luego, no lo blindamos para evitar una recaida en la subjetividad. Obviamente –como sostiene Laudan– es necesario *formular* correctamente el estándar probatorio del "más allá de la duda razonable", pero quizás eso no sea suficiente. Pues, además: primero se precisa *entenderlo* rectamente; luego *aplicarlo* adecuadamente; y, finalmente, como corresponde a un estándar que se precie de objetivo, hay que arbitrar algún mecanismo para *controlar* si ha sido manejado o no como es debido por el órgano judicial de turno. Vayamos por partes.

6. En principio, la correcta formulación lingüística de un estándar probatorio no asegura el que todos lo vayan a *entender* de la misma manera; particularmente que todos tengan conciencia precisa de cuáles son las concretas implicaciones del susodicho estándar. Pues, por ejemplo, cifrar el nivel de la "duda razonable" en la "credibilidad" (mínimamente plausible) que merece la hipótesis que beneficia al acusado, no cierra de por sí la puerta al descontrol de la subjetividad (por la sencilla razón de que la atribución

---

despeje toda duda razonable acerca de la culpabilidad del acusado" (J. A. Choclán Montalvo, "El derecho constitucional a la presunción de inocencia", VV. AA., *Derechos procesales fundamentales*, Madrid, 2005; p. 648).

[15] Pongo como ejemplo, dentro de una nómina bastante breve, al magistrado J.M. De Paul Velasco, "Presunción de inocencia e *in dubio pro reo* en el juicio ante el Tribunal de Jurado", en VV.AA., *La Ley del Jurado: problemas de aplicación práctica*, Madrid, 2004.

de "credibilidad" está no pocas veces a expensas de los prejuicios de cada cual). Por eso, es imprescindible que los juzgadores (jurados o jueces) dispongan de un suplemento informativo para objetivar (en lo que quepa) el *modus operandi* conducente a decantarse a favor o en contra de reconocer la plausibilidad o credibilidad de una determinada hipótesis.

Para no andarme por las ramas, me valdré de una ilustración extraida de la jurisprudencia del TC (que es un saco de contradicciones). El TC, a pesar de su expreso rechazo –como antes apunté– a incluir el "in dubio" en el equipaje de la presunción de inocencia, en la práctica termina por aceptarlo. Pero lo hace de manera equivocada. Eso ocurre p.ej. en la STC 137/2002 donde se recuerda la doctrina de que la presunción de inocencia no se destruye con "*inferencias no concluyentes por excesivamente abiertas, débiles o indeterminadas*" (FJ 7). No está mal la idea. Pero, sorpresivamente, eso no impide que el TC –p.ej. en la STC 135/2003– advierta que "constituye doctrina consolidada de este Tribunal que *no nos* (...)*es posible que entremos en el análisis de otras posibles inferencias distintas a las efectuadas por los órganos judiciales*". Entonces, ¿cómo se las arregla el TC para concluir que la inferencia realizada por el tribunal *a quo* "ha de reputarse excesivamente abierta"? ¿cómo se determina si una inferencia es o no "abierta", "débil" o "indeterminada" (suponiendo que sea correcto hablar en esos términos)? ¿acaso guiándose por la impresión subjetiva de cada cual o, más bien, examinando si caben otras inferencias (empezando por la que propone la defensa)? Y conste que esto sería sólo el punto de partida de un recorrido epistemológicamente correcto, del que omitiré ocuparme porque ya ha sido explorado con detalle entre nosotros por Marina Gascón[16] o por Daniel González-Lagier[17].

7. Hay más todavía. Aun concordando en que la credibilidad de una determinada hipótesis es relativa, o sea depende de su comparación con otras hipótesis rivales, surge un nuevo problema: ¿y cómo se *aplica* ese cotejo? Esta pregunta necesita una explicación, a la vista de al menos uno (no el único, claro) de los plurales problemas a que da lugar.

Si aceptamos (y Laudan parece de la opinión) que la "verdad" (al menos como ideal regulativo) es un objetivo central del proceso[18], habremos de

---

[16] En su libro *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Madrid-Barcelona, 1999; esp. pp. 194-228 (hay una segunda edición del año 2004).

[17] En el amplio estudio, dividido en dos partes, "Hechos y argumentos (Racionalidad epistemológica y prueba de los hechos en el proceso penal)" (I y II), *Jueces para la Democracia*, 2003; núms. 46 y 47 respectivamente.

[18] Permítaseme un breve inciso acerca de *si* y *de qué modo* se incluye la "verdad" entre las finalidades del proceso penal. No parece que las dos implicaciones de la presunción de inocen-

suponer que la relación de hechos probados que contiene una sentencia (e incluso un veredicto del jurado, en España) implica una relación de correspondencia entre una entidad lingüística (el "enunciado" que verbaliza la reconstrucción histórica de un hecho) y una entidad extralingüística (el "hecho" real, objeto del juicio). Pero esta línea *referencial* que debiera enlazar ambas entidades, se convierte en el proceso (como en cualquier reconstrucción histórica) en una línea *inferencial* (puesto que el referente es un hecho del pasado y ya no lo tenemos ante los ojos)[19].

Normalmente, la reconstrucción del "hecho" (objeto de la causa) está trufada de varias y variadas inferencias que afectan tanto a la fiabilidad que merece cada medio de prueba como al trayecto que conduce desde los medios de prueba al *factum probandum*. Pues bien, la inferencia que concierne a la fiabilidad atribuída a cada medio de prueba debe insertarse en el conjunto de las inferencias que atañen a la fiabilidad asignada a los otros medios de prueba. Y, a su vez, la inferencia que conduce desde un medio de prueba, declarado atendible, al hecho a probar debe colocarse en una trama con las otras inferencias que ponen en relación los otros medios de prueba, también atendibles, con el hecho de la causa.

¿Que a qué viene semejante banalidad? A poner al descubierto una "típica técnica de neutralización de las pruebas"[20], que consiste en atomizar

---

cia como "regla de juicio" (a saber: el desequilibrio de la carga de la prueba entre las partes –a favor del imputado– y el que esa carga deba alcanzar un nivel particularmente exigente) obedezcan a requisitos epistemológicos. Ahora bien, ¿significa eso que la "verdad sobre los hechos" carece de relevancia en el proceso penal? Dado que la "verdad sobre los hechos" es una expresión muy ambigua, conviene formular la cuestión atendiendo a qué se debe probar en el proceso penal. En éste no se busca reconstruir lo que pasó barajando indistintamente las hipótesis que fuera menester (p.ej. "Juan mató a Pedro" y su opuesta "Juan no mató a Pedro"), sino una sola, la acusatoria (es decir que "Juan mató a Pedro"), no así la exculpatoria; y, además, se exige que la hipótesis acusatoria esté refrendada por un elevado grado de probabilidad. ¿Quién negará protagonismo estelar al criterio de "verdad" el cometido de establecer el grado de probabilidad que asiste a la única hipótesis en juego? Conviene recordar que si la hipótesis incriminatoria no prospera en esas condiciones, de ahí no se sigue que deba entenderse como probada la hipótesis exculpatoria. Por tanto, absolver a un imputado (aunque realmente fuera culpable) porque los elementos de prueba disponibles no dotan a la hipótesis acusatoria de la probabilidad requerida no es un error.

Obviamente los espacios dentro de los que rige el valor de la "verdad" pueden estar delimitados conforme a otros valores. Pero eso no nos coge de nuevas ni es idiosincrático del proceso penal, pues algo similar ocurre también en otro tipo de procesos en los que la ley (y no los criterios de verdad) determina algunos hechos que no necesitan prueba (p.ej. las presunciones) o excluye pruebas (por la prevalencia de otros valores sobre el valor de la "verdad") que potencialmente son aptas para el esclarecimiento de los hechos.

[19] P. Ferrua, "Processo penale e verità. Note in margine alla riforma del giusto processo", en S. Anastasia-M. Palma, *La bilancia e la misura*, Milán, 2000; p. 209.

[20] F. M. Iacoviello, *La motivazione della sentenza penale e il suo controllo in Cassazione*, Milán, 1997; p. 213.

el examen de cada una de las inferencias, desarticulándola del contexto, y planteando la cuestión de la "duda razonable" a ese nivel. De ese modo, no es raro que frente a una inferencia, tomada aisladamente, quepa oponer otra no desprovista totalmente de fundamento; lo cual acarrea una exacerbación de la duda sobre cualquier certeza razonable.

Precisamente se nos brinda una muestra de tal proceder en un voto particular formulado por el antes mencionado Magistrado del TS, don Enrique Bacigalupo, que se oponía a que la certeza o la duda de un tribunal de instancia (en cuanto elemento "fáctico" y no "normativo") fueran objeto de fiscalización. Pues bien, en el sonado *caso Marey*, enjuiciado directamente en primera y única instancia por el TS (debido al aforamiento de uno de los imputados), el Tribunal, por mayoría de 7 frente a 4, condenó a todos los acusados; entre ellos a quienes en la época de los hechos fueran, respectivamente, Ministro del Interior (José Barrionuevo) y Secretario para la Seguridad del Estado (Rafael Vera). Respecto de la culpabilidad de estos dos últimos, el Magistrado aludido suscitó en su voto particular la cuestión del "in dubio pro reo", pero no para disentir de la mayoría por una supuesta incongruencia de condenar pese a las dudas (cosa esperable si, conociendo la ya expuesta postura doctrinal de aquél, el TS actuara como tribunal de casación) sino –esta vez al funcionar el TS como tribunal de instancia– por no haber dudado cuando había razones para dudar. ¿Estamos, acaso, ante una briosa reivindicación de la "duda razonable"? Creo que no. El citado Magistrado, a lo largo de su voto particular, iba replicando a las sucesivas inferencias de la mayoría (de las que no puedo dar cuenta en esta intervención[21]) con una batería de "no es *imposible*", "era perfectamente *posible*"... para rematar su argumentación (en la que se observa el sintomático y abusivo trueque de "posible" o "no imposible" por la expresión "igualmente plausible") con las siguientes palabras: "El análisis realizado demuestra que los indicios de los que ha partido la mayoría de la Sala para dar credibilidad a las declaraciones de los coimputados que acusan a los señores Barrionuevo y Vera son, *individualmente considerados* ambiguos, es decir no excluyen otras hipótesis fácticas *igualmente plausibles*". Pero, tras esa consideración individualizada (de por sí legítima), el Magistrado soslaya –¿por qué será?– cualquier intento de tejer, con un material hipotético de ya reducida plausibilidad, un relato fáctico o una "historia" disyuntiva dotada de una mínima coherencia.

En suma, ese voto particular ilustra a la perfección de qué manera un análisis atomizado de cada inferencia termina por desvitalizar el rendimien-

[21] Pero, por si alguien está interesado en ello, incurro en la inmodestia de remitirle a mi librito *El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares*, Madrid, 1999.

to de la actividad probatoria y desencadena una tumoral expansión de la "duda". Por supuesto, nada más ajeno a la razonabilidad de la duda.

8. Pero ¿de qué aprovecha al acusado tanto énfasis en el recto *entendimiento* judicial de la "duda razonable" y en su correcta *aplicación* si, luego, todo ello se sustrae al *control*? ¿de qué vale velar por la *objetividad* de un estándar probatorio vinculante si, a la postre, no hay manera de *objetivar* su observancia? Si los estándares están para ser cumplidos, un estándar –como señala Perefecto Andrés citando a Binder– "está garantizado sólo cuando su incumplimiento genera la invalidez del acto que lo ha violado"[22]. ¿Y cómo se verifica que al juez o al jurado no se le ha desgobernado el manejo del estándar del "más allá de la duda razonable"? Imponiendo al juez o al jurado la obligación de motivar, en la sentencia o el veredicto, ese particular aspecto. Por un lado, porque así se legitima la decisión jurisdiccional, en la medida en que sólo una duda bien razonada acredita ser una "duda razonable". Por otro, porque sólo cabe el control (procesal y extraprocesal) de lo público o de lo publicado, no de lo que se enclaustra en el recinto mental del juzgador.

Por eso apunté al comienzo que el susodicho estándar de la "duda razonable" estaría mejor garantizado en un sistema como el nuestro (en el que hasta el veredicto del jurado debe ser motivado) que en su ambiente jurídico originario (donde vige el veredicto inmotivado y la obligación de motivación de las sentencias carece de refrendo normativo-legal y hasta consuetudinario, según creo).

[22] P. Andres Ibañez, "Garantismo: una teoría crítica de la jurisdicción", en M. Carbonell-P. Salazar (eds.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, 2005; p. 71.

UNA BREVE RÉPLICA

Larry Laudan
UNAM, México

RESUMEN. Se trata de una réplica del autor a las observaciones de Michele Taruffo, Marina Gascón y Juan Igartua Salaverría al artículo "Por qué un estándar de prueba subjetivo no es un estándar", de Larry Laudan. En su opinión, los tres comentarios tienen en común cierto optimismo acerca de que los problemas del estándar de prueba de la duda razonable o de la íntima convicción se podrían solucionar, al menos en parte, si los veredictos acerca de los hechos dependieran de jueces profesionales, instruidos en Derecho y en los patrones de inferencia judicial, y no de jurados, y éstos estuvieran realmente obligados a justificar sus decisiones. En opinión del autor, sin embargo, el problema es que el propio estándar de prueba de la duda razonable o de la íntima convicción es profundamente vago e incomprensible, sea para un juez profesional o para un juez lego, por lo que no tiene sentido obligar a justificar una decisión tomada a partir de un estándar cuyo significado no está claro.

ABSTRACT. Here, we are dealing with the author´s reply to Michele Taruffo´s, Marina Gascón´s and Juan Igartua Salaverría´s observations about Larry Laudan´s article "Why a Subjective Standard of Proof is not a Standard". In his opinion, the three commentaries share a certain optimism with regard to the fact that the problems connected to the standard of proof of reasonable doubt, or that of intimate conviction could be solved, at least partly, if verdicts regarding the facts were given by professional judges, trained in law and in patterns of judicial inference, and not by juries, and if these judges were really obliged to reason their decisions. In the author´s opinion, however, the problem lies in the fact that for both a professional judge and for a lay judge, the standard of proof of reasonable doubt, or that of intimate conviction, is both vague and incomprehensible, which is why it makes no sense to oblige the justification of a decision made on the basis of a standard whose meaning is unclear.

Mis tres comentaristas –Marina Gascón Abellán, Juan Igartua Salaverría y Michele Taruffo– plantean numerosas e interesantes cuestiones y retos al análisis ofrecido en mi ponencia. Estoy muy agradecido por sus esfuerzos y sus ideas. Obviamente, entre todos ellos han planteado más cuestiones de las que yo puedo contestar en esta breve réplica. Más que intentar responder a todas las críticas que han hecho, intentaré centrarme en el hilo común que recorre todas sus observaciones. En general, parecen estar de acuerdo con mi hipótesis de que el estándar BARD, tal como lo encontramos en la jurisprudencia anglosajona, presenta un inaceptable nivel de falta de claridad y ambigüedad. Conceden que a los jurados se les deja una amplia libertad de interpretar la duda razonable como ellos quieran. No obstante, los tres sostienen que, si las circunstancias fueran suficientemente diferentes, BARD todavía podría ser útil para la justicia penal. Más específicamente, ellos se inclinan a atribuir muchos de los problemas de BARD no al estándar mismo, sino a *otras* características de los procesos penales anglosajones. Sugieren que, si se prescindiera de esas otras características, BARD podría ser un estándar apropiado, libre de las debilidades que presenta en el contexto de un juicio anglosajón por jurado.

Tal como entiendo las observaciones de mis comentaristas, parecen tener en mente la sospecha de que muchos de los problemas que yo he identificado en la aplicación del estándar BARD tienen su origen en dos características relacionadas de los procesos anglosajones: el uso del jurado y la ausencia de una obligación de ofrecer una justificación del veredicto. Su opinión parece ser que si el veredicto viniera determinado por jueces *profesionales*, instruidos en Derecho y en los patrones de inferencia judicial, en lugar de por jurados, y si, además, estos jueces estuvieran realmente obligados a *justificar* los veredictos que dictan, la mayoría de los problemas de BARD, en especial su poco envidiable capacidad de significar algo distinto para cada hombre, se desvanecería. En esta réplica, quisiera explicar por qué creo que éste es un diagnóstico equivocado de la naturaleza del mal que estamos tratando de curar.

Permítanme empezar por señalar que, como epistemólogo, no tengo una preferencia por el sistema de jueces o el de jurado. No veo ninguna razón para creer que el veredicto de doce ciudadanos no profesionales, no formados en Derecho, tiene mayor probabilidad de ser verdadero que el veredicto de un solo juez, altamente experimentado en el arte de tratar de dar sentido a lo que sucede en un proceso penal. De manera semejante, la tendencia anglosajona por tratar al veredicto de un jurado como la declaración de un oráculo que habla desde lo más alto, sin necesitar justificación explícita, no es sino un obstáculo para tratar de encontrar la verdad sobre un delito. Cuan-

do no es necesario justificar un veredicto, se hace mucho más difícil para el sistema detectar si ha habido un error y corregirlo. En definitiva: comparto la opinión de la mayoría de mis comentaristas de que exigir responsabilidad y usar jueces expertos podría mejorar en gran medida el Derecho penal anglosajón. Sin embargo, aunque conceda esto fácilmente, he de decir que ni siquiera esas drásticas modificaciones podrían hacer mucho –si es que pueden hacer algo– para solucionar los problemas centrales que plantea este estándar de prueba.

Consideremos estas sugerencias en orden inverso. Supongamos que insistimos en que cada veredicto debe ser razonado de una manera cuidadosa y explícita. El más sabio razonamiento del mundo no será suficiente para decirle a un juez o jurado si las dudas que tienen acerca de la culpabilidad son dudas razonables o no. Esto es así porque la propia noción de duda razonable es sumamente oscura. Durante casi dos siglos, los sistemas de justicia penal anglosajones han tratado, con muy escaso éxito, de explicar esta noción crucial. Las autoridades judiciales del siglo XIX acertaron a definir la prueba más allá de toda duda razonable como una forma de *certidumbre moral*, invocando el lenguaje que John Locke y Robert Boyle habían inventado para expresar el único tipo de certidumbre a la que podemos aspirar cuando discutimos sobre la historia humana o los sucesos humanos. Pero la certidumbre moral se define normalmente con ejemplos, no mediante reglas generales para obtenerla. Así, ha llegado a ser un lugar común decir que, al igual que estamos moralmente convencidos de que Julio César fue emperador de Roma, o de que los franceses tuvieron una revolución burguesa, de la misma manera un jurado, si va a declarar la culpabilidad, debe tener la certidumbre moral de que el acusado es culpable. Pero esta clase de ejemplos falla a la hora de hacer su trabajo principal. Después de todo, ¿en cuántos casos penales es posible llegar al mismo nivel de confianza acerca de la culpabilidad del acusado que tenemos acerca de la existencia histórica de César y de que realmente ocurrió la Revolución Francesa? Si estas creencias de carácter histórico son ejemplos típicos de certidumbre moral (y funcionaron como tales durante todo el siglo XIX), establecen un estándar para los juicios penales demasiado alto, puesto que es raro el jurado que puede estar tan convencido de la culpabilidad del acusado como puedan estarlo acerca de afirmaciones de carácter histórico que están fundamentadas en numerosas pruebas y testimonios entrelazados.

Reconociendo estos problemas, los tribunales del siglo XX ofrecieron diferentes definiciones de –y analogías para– la duda razonable. La mayoría de ellas han sido variantes de la siguiente fórmula: "una creencia probada más allá de toda duda razonable es el tipo de creencia en la que basaríamos las decisiones importantes de la vida". En otro lugar he discutido extensa-

mente estas propuestas y he mostrado que son extremadamente débiles como estándares; dado que la vida consiste en una serie de decisiones tomadas bajo decisiones de incertidumbre, frecuentemente basamos tales decisiones en creencias que son todo menos bien fundadas[1]. (Consideremos cuántos de nosotros toman la decisión de casarse o de entrar en una determinada profesión con una confianza *alta* en que esta decisión está bien fundada). Por tanto, interpretar la prueba más allá de toda duda razonable como certidumbre moral sitúa al estándar demasiado alto (porque es generalmente inalcanzable a propósito de los delitos típicos), mientras que interpretarlo como el tipo de creencias sobre las que basamos las decisiones importantes de nuestra vida sitúa al estándar demasiado bajo. Esto es por lo que la jurisprudencia anglosajona, especialmente la americana, ha dejado de intentar una definición de duda razonable, insistiendo en cambio en el absurdo manifiesto de que su significado es "autoevidente" (de hecho, en muchas jurisdicciones en Estados Unidos se considera ahora que es fundamento para una revocación automática de la condena que el juez haya ofrecido al jurado una definición de duda razonable).

Dada esta situación, podemos preguntarnos si la sustitución del jurado por un juez profesional y del veredicto no motivado por un veredicto motivado sería suficiente para hacer el estándar de la duda razonable más provechoso. Yo creo que la respuesta tiene que ser negativa. Nuestro problema no es quién juzga los hechos o la ausencia de una obligación de motivar el veredicto. Nuestro problema *es que el mismo estándar de prueba –la prueba más allá de toda duda razonable– es profundamente vago e incomprensible*. No quiero decir simplemente que los jueces legos no puedan entenderlo, aunque efectivamente sea así. Quiero decir que tampoco los jueces, ni los magistrados de los tribunales superiores, ni los estudiosos académicos del Derecho han llegado a un consenso acerca de en qué consiste la duda razonable, a pesar de haber contado con dos siglos para clarificar esta noción. ¿Qué podría aportar obligar al jurado justificar su decisión de que no tiene una duda razonable sobre la culpabilidad del acusado, si "duda razonable" no tiene un significado claro? Es obvio que la justificación relativa a un estándar puede no ser mejor que el estándar mismo. Si no está claro qué es una duda razonable –y no lo está en absoluto– el acto de justificar un veredicto como algo más allá de toda duda razonable se convierte en un quijotesco ejercicio de autoengaño.

En mi opinión, el único remedio viable es sustituir BARD con un estándar que sea claro, que ofrezca a quien decida sobre los hechos (sea el juez o

[1] Véase mi "¿Es razonable la duda razonable?", Legal Theory, 9 (2003), 295-331, y el Capítulo 2 de mi *Truth, Error and Criminal Law* (Cambridge University Press, 2006).

el jurado) un criterio de prueba que pueda ser satisfecho o no por los hechos establecidos para un caso determinado. Los estándares que tentativamente he propuesto ofrecen ese tipo de clarificación, pero requieren que abandonemos –y no meramente que "lavemos la cara" o aclaremos– el estándar de prueba más allá de toda duda razonable. Cuando veo que algunos países europeos (el más notable, Italia) han adoptado recientemente el BARD he de admitir un importante pesimismo acerca de si su uso resolverá las dificultades que se habían percibido en los anteriores estándares de prueba (seguramente alguna variante de la íntima convicción). Quizá los juristas italianos sean capaces de hacer lo que dos siglos de juicios anglosajones no han podido: ingeniar, crear, un conjunto de criterios para poner en práctica el BARD de manera que quede claro para el juez de los hechos cuándo este estándar ha sido satisfecho y cuándo no. Pero no soy optimista respecto de esta posibilidad, porque creo que el intento de fundamentar un estándar de prueba en la presencia o ausencia de una duda subjetiva (*aunque* esa duda pueda ser definida) nunca ofrecerá un estándar que sea coherente y uniforme entre los diferentes jueces y juicios. Es un "cliché", pero no por eso menos verdadero, que lo que es una duda racional para un hombre puede ser una duda irracional para otro. Creo que ésta es una característica, aunque resulte deprimente, de la condición humana. Seguramente es mejor desconectar la decisión acerca de la culpabilidad o inocencia de cualquier decisión arbitraria y subjetiva acerca de si las dudas que uno alberga son racionales y fundamentarlas de otra manera.

En definitiva, tengamos un debate comparativo acerca de los jueces y el jurado y acerca de los veredictos oraculares y los veredictos motivados, pero no pensemos que estas cuestiones, aunque se resolvieran, podrían ofrecer una solución para un estándar de prueba confuso e incoherente. Sea nuestro objetivo principal la averiguación de la verdad acerca de un delito o las cuestiones morales acerca del debido proceso y la justicia procedimental, debemos ser capaces de concluir que un estándar de prueba profundamente ambiguo no lleva a nadie más lejos de los intereses que compartimos.

(Trad. de Daniel González Lagier)

A R T Í C U L O S

DERECHO TURBULENTO

En busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales*

Mario G. Losano
Universidad de Milán

RESUMEN. En primer término el trabajo examina el más avanzado modelo piramidal del derecho -el de la teoría pura del derecho– en el contexto de la sociedad industrial, para constatar que esta teoría influyó sobre la realidad de su tiempo, contribuyendo a la creación de la justicia constitucional y a una visión democrática y pacifista del derecho internacional en una época en que Europa estaba dominada por gobiernos totalitarios y militaristas. En segundo lugar, examina las estructuras supranacionales de posguerra que conducen a superar el modelo piramidal característico del derecho del Estado nacional, pero que aún no han encontrado una organización propia adecuada. Esta segunda parte trata de responder a la pregunta de si el derecho de la Unión Europea está convirtiéndose en (o acaso ya es) un sistema jurídico autónomo respecto del derecho nacional y el internacional; esto es, trata de prever si una nueva pirámide jurídica está siendo añadida a las dos tradicionales del derecho nacional e internacional. En tercer lugar, se examina un modelo que se adapta mejor a la actual realidad jurídica, que es más compleja que la tradicional: un modelo ya no piramidal y jerárquico sino reticular y pluridimensional.

ABSTRACT. Firstly, the paper examines the most advanced pyramidal model in law –that of the pure theory of law- in the context of industrial society, so as to show that this theory influenced the reality existing in its time, contributing to the creation of constitutional justice and to a democratic and pacifist view of international law, at a time when Europe was governed by totalitarian and militaristic regimes. Secondly, it examines the supranational post-war structures which led to the overcoming of the pyramidal model that characterizes national laws, but which have not yet found their own adequate organization. This second part seeks to answer the question of whether European Union law is becoming (or perhaps already is) a legal system which is autonomous in relation to national and international law; that is to say, it seeks to show whether a new legal pyramid is being added to the two traditional ones already existing, those of national and international law. Thirdly, a model is examined which is better adapted to the current legal reality, which is more complex than the traditional reality: a model which is no longer pyramidal and hierarchical, but which is instead reticulated and multidimensional.

---

* Las ideas centrales de este texto formaron parte de mi *lectio doctoralis* (pronunciada el 5 de noviembre de 2004 con ocasión de recibir el doctorado *honoris causa* por la Facultad de Derecho de la Universidad de Hannover), titulada *Turbulentes Recht. Herkömmliche Rechtsordnung, überstaatliche Rechtssetzung und Ordnung stiftende Modelle.*

1. La fascinación simbólica de la pirámide

La pirámide es el símbolo de la desigualdad ordenada y tal vez por esto es el símbolo más utilizado para sintetizar en una imagen la sociedad humana.

Un ensayo político del escritor Octavio Paz se abre con una visión grandiosa de México, su país: México como una enorme pirámide escalonada entre dos océanos[1]. Con esta imagen, Octavio Paz traduce la realidad política del México actual en conceptos míticos prehispánicos y muestra la continuidad del modelo de dominación azteca a través de los siglos. Los conquistadores españoles no liquidaron, sino que más bien transmitieron al México moderno los símbolos aztecas del poder político: el jefe institucional y la pirámide. Pese a que el solemne jerarca institucional a veces se confunde con el folclórico *caudillo,* la tradición azteca pervive: "Hay una nostalgia mexicana por la legalidad sacra que no experimentan los otros caudillos hispanoamericanos: trátese de Bolívar o de Fidel Castro, de Rosas o de Perón, todos creen en la acción heroica, en tanto que los mexicanos creen en el rito"[2]. Y la pirámide era por excelencia el lugar del rito: "Arquetipo arcaico del mundo, metáfora geométrica del cosmos, la pirámide mesoamericana culmina en ese espacio magnético que es la plataforma-santuario".

Mientras en la sociedad mexicana la pirámide expresa la continuidad de un modelo de poder, en una sociedad compleja como la brasileña la estratificación social da lugar a dos pirámides: la de la clase y la del color[3]. No obstante, ambas pirámides se comunican entre sí: Brasil es una sociedad violenta, pero no conoce una violencia racial semejante a la de los Estados Unidos. En Estados Unidos las dos pirámides, la de la clase y la del color,

---

[1] Octavio Paz, *Le labyrinthe de la solitude, suivi de la Critique de la pyramide*, Gallimard, Paris 1972, 254 pp. El pasaje citado está en la página 234. Traduzco los pasajes de la edición francesa, que fue revisada por el autor; por tanto puede haber divergencias respecto al original en español: *El laberinto de la soledad*, 1950, y *Posdata* (que contiene *La crítica de la pirámide*), publicado en 1970. [N. del T.: Entre la versión en francés por la que cita Losano y el original en español efectivamente hay ciertas diferencias. Los pasajes originales dicen como sigue: "Hay una nostalgia mexicana por la legalidad que no experimentan los otros caudillos hispanoamericanos; todos ellos –trátese de Bolívar y de Fidel Castro o de Rosas y de Perón– han creído y creen en el acto como hazaña en tanto que los mexicanos afirman el mismo acto como rito"; "Arquetipo arcaico del mundo, metáfora geométrica del cosmos, la pirámide mesoamericana culmina en un espacio magnético: la plataforma-santuario". *Posdata*, Siglo XXI, México 1974, 9ª ed., pp. 145-146 y p. 117.

[2] Paz, *Le labyrinthe de la solitude*, cit., p. 249.

[3] Cfr. el apéndice sobre *La piramide della classe e la piramide del colore* de João Camillo de Oliveira Torres, *Estratificação social do Brasil. Suas origens históricas e suas relações com a organização política do país*, Centro Latino-Americano de Pesquisas em Ciências Sociais–Difusãao Européia do Livro, São Paulo 1965, 222 pp.

se hallan en conflicto; en Brasil hay mucho conflicto de clases, pero apenas conflicto de razas. El proverbio brasileño "Un negro rico es blanco" sería difícilmente aplicable en Alabama.

Pero la tendencia a echar mano de metáforas y símbolos para describir la sociedad y su organización no es algo exclusivamente exótico o antiguo: la misma Unión Europea, para describir su propia estructura, recurre a la metáfora del templo en el que tres columnas (Comunidades, política exterior y colaboración judicial) sostienen el techo (es decir, el tratado fundacional de la Unión Europea). Desde el punto de vista institucional y jurídico, esta metáfora genera confusión, porque no clarifica si las comunidades preexistentes al tratado están hoy fundidas en la Unión Europea (y si por tanto hay una sola Unión) o si, por el contrario, continúan teniendo una existencia por separado. Para los fines de esta exposición -pero solo para los fines de ella- puede bastar con que hablemos de un *derecho comunitario* como de una entidad única, aceptando provisionalmente la "tesis de la fusión" entre derecho de las Comunidades y derecho de la Unión.

Desde el punto de vista psicológico, la metáfora del templo es sugestiva. A la mayoría de los europeos les recuerda el templo griego, o sea el mundo clásico, raíz de la idea de Europa. Para cierto jurista austríaco la metáfora del templo evoca "las consignas políticas chinas" [4]. A mí, en cambio, más bien me hace pensar en los "ocho ángulos del mundo bajo un solo techo" (*Hakko Ichiu*): una imagen tomada de la antigua tradición japonesa, que emplearon en los años treinta los nacionalistas más radicales para significar la unidad del mundo bajo la hegemonía del Japón y que hoy, en un sentido más moderno y moderado, se emplea para designar un impreciso deseo de fraternidad universal [5].

Pirámides, columnas, templos: estas metáforas arquitectónicas remiten al pensamiento sistemático, aquel pensamiento que, en el terreno jurídico, impulsó a los pandectistas en el siglo XIX a "konstruiren" el material romanista y a Kelsen, en el XX, a buscar la "estructura" del derecho. Todas estas teorías jurídicas contienen la metáfora arquitectónica del construir, del "con-struere". Con ellas los juristas han tratado de explicar el derecho hasta el presente.

En este texto aparecerán una y otra vez términos como "teoría", "modelos", "metáforas" y "paradigmas": imprescindible es recordar que ya en

---

[4] Friedrich Lachmayer, *Die Relativierung des Stufenbau-Modells durch das EG-Recht*, en Peter Bussjäger–Christoph Kleiser (ed.), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Braumüller,Viena 2001, p. 58.

[5] Marlene J. Mayo (ed.), *The Emergence of Imperial Japan. Self Defence or Calculated Aggression?*, Heath, Lexington (Mass.) 1970, XVI-105 pp.

1994 Miguel Reale se ocupó de los "nuevos paradigmas" a propósito de la interpretación y analizó la naturaleza, la génesis, los tipos y la dialéctica de los modelos jurídicos[6]. Casi en cada página de esta conferencia se haría necesario remitirnos a esta obra suya; pero tendremos que contentarnos con esta referencia inicial y pasar a ocuparnos de teorías, modelos, o doctrinas de los juristas de hoy.

Acerca de estas doctrinas quisiera proponer dos preguntas:

- ¿las teorías sistemáticas son meras abstracciones, o han producido también resultados prácticos?

- y, ¿siguen siendo capaces de explicar el derecho en el mundo actual, donde el Estado nacional (reino de la pirámide) va siendo sustituido progresivamente por entidades supranacionales, cuyas estructuras jurídico-institucionales aún están en formación?

Para intentar dar una respuesta, voy a afrontar tres cuestiones. En *primer* término examinaremos el más avanzado modelo piramidal del derecho -el de la teoría pura del derecho, la Reine Rechtslehre- en el contexto de la sociedad industrial para constatar que esta teoría influyó sobre la realidad de su tiempo. Y esa influencia contribuyó a la creación de la justicia constitucional y a una visión democrática y pacifista del derecho internacional en una época en que Europa estaba dominada por gobiernos totalitarios y militaristas. En *segundo* lugar, las estructuras supranacionales de posguerra conducen a superar el modelo piramidal característico del derecho del Estado nacional, pero aún no han encontrado una organización propia adecuada. Esta segunda parte trata de responder a la pregunta de si el derecho de la Unión Europea está convirtiéndose en (o acaso ya es) un sistema jurídico autónomo respecto del derecho nacional y el internacional; esto es, trata de prever si una nueva pirámide jurídica está siendo añadida a las dos tradicionales del derecho nacional e internacional. En *tercer* lugar examinaremos, aunque con brevedad, un modelo que se adapta mejor a la actual realidad jurídica, que es más compleja que la tradicional: un modelo ya no piramidal y jerárquico sino reticular y pluridimensional. La conclusión no será la respuesta a los interrogantes iniciales, sino que, a su vez, planteará una nueva pregunta: ¿el modelo reticular está sustituyendo al modelo sistemático? En otras palabras: ¿está la metáfora de la red sustituyendo a la de la pirámide en el pensamiento y en la práctica jurídica?

El derecho y la ciencia jurídica que hemos heredado de siglos anteriores se ven sacudidos por el torbellino de las innovaciones tecnológicas de la sociedad globalizada de hoy. El derecho consigue hasta cierto punto regu-

---

[6] Miguel Reale, *Fontes e modelos do direito. Para um novo paradigma ermenéutico*, Saraiva, São Paulo 1994, 124 pp.

lar esta nueva realidad; y, por otra parte, experimenta con incertidumbre caminos nuevos, constelados de conflictos sociales e internacionales que con frecuencia escapan a su control. La ciencia del derecho idea nuevos paradigmas para explicar las nuevas instituciones emergentes y armonizarlas con las instituciones tradicionales; y, a la vez, debe decidir qué explicación del pasado ha quedado irremisiblemente superada por la evolución social. Tanto el derecho como la ciencia del derecho deben ejercitar el difícil arte de distinguir lo que se puede cambiar de lo que no se puede cambiar. Y a menudo se equivocan. Hoy día el derecho es cualquier cosa menos *soft*; no es "blando" [*mite*], tal como lo describe Gustavo Zagrebelski: temo, incluso, que va a seguir haciéndose más duro cada vez. Hoy el "flexible droit" del maestro Carbonnier a menudo se aproxima al punto de ruptura. Como la sociedad actual, así también el derecho se ve agitado con fuerza por el doble torbellino de lo innovador y lo conservador: por eso hablo de un "derecho turbulento", que se mueve, se agita y cambia con rapidez como la sociedad que lo circunda, pero a menudo con retraso respecto a esta.

I. El modelo piramidal de derecho y la sociedad industrial

2. De la pirámide social a la pirámide del derecho: el ordenamiento jurídico como estructura jerárquica.

En la simbología social, la pirámide expresa la jerarquía del poder: por eso también el derecho, como osatura de la sociedad, tiende a modelarse según esta misma simbología. Ese modo de organizarse en pirámide se ve favorecido por la larga tradición de las fuentes del derecho: en una sociedad moderna no todas las normas se sitúan en el mismo plano, sino que algunas prevalecen sobre otras, conforme a esquemas cuya complejidad se adecua a la complejidad de la sociedad particular regulada por cada ordenamiento jurídico. En una sociedad compleja como la actual sociedad industrializada, el derecho ha ido elaborando una serie de reglas a fin de evitar conflictos de normas en el espacio y en el tiempo. Esas reglas empíricas, útiles para la gestión práctica del derecho, nacen a impulsos de exigencias del momento y por tanto no están necesariamente coordinadas entre sí. El "Boletín oficial" es tan heterogéneo como cualquier boletín de otro tipo. Así que los teóricos del derecho, por exigencias de claridad didáctica y de organización mental, intentan de tiempo en tiempo reordenar las normas que se van acumulando: esto es, intentan organizar el derecho en un sistema.

A mi juicio, el fruto más maduro de estas construcciones sistemáticas del derecho es la teoría pura del derecho: ciertamente, la más completa formulación sistemática del derecho en lenguaje natural. Se puede ir más lejos en la construcción sistemática, pero recurriendo a lenguajes formalizados. Se puede decir más sobre la realidad jurídica, pero renunciando a la unidad ri-

gurosa de la teoría. Un reciente análisis del derecho comunitario pasa revista a varias teorías jurídicas y opta por un "pragmatismo jurídico" cercano a los institucionalistas (un pragmatismo tal vez más próximo a Krawietz que a Weinberger y MacCormik), pues sostiene que este resulta más idóneo que el normativismo kelseniano para describir una realidad aún en devenir, como la del derecho comunitario. Con todo, el autor no puede sino admitir: "La teoría pura del derecho, con su estructura en gradas, ofrece un convincente modelo estructural de la jerarquización de las normas jurídicas, que ha sido incorporado por casi todas las demás teorías del derecho "[7]

Bajo la influencia de la teoría pura del derecho, para los juristas actuales la pirámide (y, precisamente, la pirámide del ordenamiento jurídico) se ha convertido en el símbolo mismo del derecho. Ella representa a la perfección ese sistema que intentan construir los juristas desde hace siglos, y que no consiguen nunca completar hasta el fondo[8]. El sistema debe ser coherente: y la pirámide contiene *sólo* lo que está comprendido entre la base y el vértice. El sistema debe ser completo: y la pirámide delimita sin lagunas *todo* cuanto está comprendido entre la base y el vértice. El sistema debe concatenar cada elemento de los que lo integran hasta el principio supremo: y la pirámide tiene en su vértice el punto hacia el cual confluyen ordenadamente todos los elementos inferiores.

El valor de la teoría pura del derecho reside en el extremado rigor con que organizó el material jurídico empírico en un sistema piramidal de tipo puramente formal. Con Hans Kelsen la estructura piramidal o jerárquica del derecho pasó a formar parte de las nociones comunes del jurista, siendo así

---

[7] Werner Schroeder, *Das Gemeinschaftsrechtssystem. Eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga 2002, p. 94. Esta importante obra propone construir en sistema el derecho comunitario empleando el concepto kelseniano de Grundnorm (véase el capítulo 2: *Die Grundnorm des Gemeinschaftsrechts und die Reine Rechtslehre*, pp. 205-255),y perfeccionando luego la construcción con las aportaciones de otras teorías. Cfr. también Wolf-Dietrich Grussmann, *Grundnorm und Supranationalität–Rechtsstrukturelle Sichtweisen der europäischen Integration,* en Thomas von Danwitz et al. (ed.), *Auf dem Wege zu einer Europäischen Staatlichkeit*, Boorberg, Stuttgart 1993, pp. 47 y ss.

[8] Para la noción general de sistema en el Derecho remito a mi trilogía: *Sistema e struttura nel diritto*, Giuffrè, Milán 2002; vol. 1: *Dalle origini alla Scuola storica*, XXIX-373 pp.; vol. 2: *Il Novecento*, XVIII-311 pp.; vol. 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, 2002, XVIII-371 pp.

En su "Stufenbau" Kelsen perfeccionó y radicalizó la concepción de Adolf Merkl, *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus*, ahora en Hans Klecatsky–René Marci–Herbert Schambeck, *Die Wiener rechtstheoretische Schule–Ausgewählte Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl und Alfred Verdross*, Europa Verlag, Viena 1968, vol. 2, pp. 1311 y ss.

Sobre los orígenes de la estructura jerárquica y para una crítica de esta v. Werner Krawietz, *Die Lehre vom Stufenbau des Rechts– Eine säkularisierte politische Theologie?*, en Werner Krawietz–Helmut Schelsky (ed.), *Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen*, Duncker & Humblot, Berlín 1984, pp. 255 y ss.

que el término alemán *Stufenbau* se repite una y otra vez también en los textos no alemanes sobre filosofía del derecho. Según señala un jurista griego el *Stufenbau* ya es un hábito mental: "Lawyers in Europe and elsewhere describe the legal order as a hierarchically arranged order of rules"[9].

En torno a este núcleo se han construido posteriormente teorías incluso bastante diferentes, pero en cualquier caso la concepción piramidal del derecho es un punto de referencia común que la mayoría de los juristas europeos continentales da por tácitamente presupuesto.

El modelo piramidal (una de las formas posibles del "sistema") satisface dos funciones: una de orden práctico, consistente en facilitar la comprensión del derecho, y otra de orden psicológico, consistente en transmitir la convicción de que este está ordenado y completo. Las normas procedimentales que permiten eliminar las contradicciones entre los distintos niveles tienen la función de mantener ordenado y completo el ordenamiento jurídico. Si hay contradicción entre una sentencia y una ley, está previsto un juicio de apelación; si hay contradicción entre una ley y la constitución, existe un tribunal constitucional: asunto, este último, sobre el cual volveremos enseguida. Baste subrayar aquí que la estructura jerárquica del ordenamiento tiene capacidad para regular la producción de normas jurídicas y para corregir las normas así producidas, esto es, para autoproducirse y autocorregirse. Es, en definitiva, lo que más tarde Niklas Luhmann llamaría un sistema autopoyético.

Como hipótesis de trabajo, aquí aceptaremos las reglas dictadas por la teoría pura del derecho y plantearemos una pregunta ulterior: ¿qué consecuencias *prácticas* puede tener -y efectivamente ha tenido- esa concepción *teórica* del ordenamiento como estructura piramidal?

3. Una consecuencia práctica del modelo jerárquico: el tribunal constitucional

En los comienzos de su carrera, Kelsen fue también estudioso del derecho positivo, más concretamente del derecho público austríaco. Pero en la base de sus ideas sobre el derecho positivo yacía su teoría sistemática del derecho, la Reine Rechtslehre. Como consejero de Karl Renner, presidente de la joven República austríaca nacida al término de la primera Guerra Mundial, en 1920 Kelsen contribuyó a la génesis de la constitución de la Austria republicana y, en particular, a la creación de un moderno tribunal constitucional[10]. Dicho tribunal -que sirvió de modelo a muchas instituciones simi-

---

[9] Pavlos Elftheriadis, *Aspects of European Constitutionalism*, "European Law Review", 1996, p. 35.

[10] Gerald Stourzh, *Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie*, en: *Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion*, Maguncia,

lares en los decenios sucesivos- es un fruto práctico de la concepción teórica de Kelsen. Si el ordenamiento estatal es una pirámide que culmina en la constitución, es preciso impedir que la coherencia de la pirámide normativa se vea puesta en peligro por normas que no respetan los diversos niveles jerárquicos. En particular, si una ley va en contra de la constitución, debe ser eliminada del sistema -es decir, de la pirámide normativa- en armonía con las reglas procedimentales del propio sistema. Y esto es posible únicamente reproduciendo en el nivel de la constitución ese control que, en el nivel inferior, encontramos en las relaciones entre sentencias y leyes: un tribunal supremo anula las sentencias que van en contra de la ley; no de otro modo el tribunal constitucional anula las leyes que son contrarias a la constitución.

Con su actividad de consejero constitucional y, más tarde, de juez constitucional, Kelsen contribuyó de manera esencial a fundamentar sobre el ordenamiento jurídico la joven democracia austríaca, en definitiva a hacer de ella un Estado de Derecho. Pero en Kelsen la necesidad de coherencia era un valor dominante lo mismo en la doctrina que en la vida cotidiana. Cuando consideró que el sistema normativo austríaco había dejado de ser coherente debido al nombramiento de los jueces constitucionales por parte del Gobierno (y ya no por parte del parlamento) y debido al Concordato excesivamente favorable para la Iglesia Católica, no vaciló en abandonar Austria y trasladarse a Alemania: y esto ya en el tempestuoso 1930.

4. Una consecuencia práctica del modelo jerárquico: el derecho internacional

En los tempestuosos años treinta la compleja y violenta realidad internacional puso en crisis el derecho internacional tradicional. Aquí repasaremos brevemente tres visiones del derecho internacional que se apartan de la concepción clásica. En primer lugar, la visión monista de Kelsen; a continuación, un intento de definir un tercer nivel entre el derecho nacional y el internacional; por último, la transformación del derecho internacional en una estructura variable a tenor de cómo varían las relaciones de poder entre Estados.

a) La teoría monista de Kelsen en contraposición al dualismo tradicional.

La concepción clásica plantea el derecho internacional como una pirámide normativa yuxtapuesta a la estatal: es, por tanto, una teoría dualista. En cambio la teoría pura del derecho -partiendo de sus presupuestos filosóficos

---

Viena 1982, pp. 7-29; Theo Öhlinger, *Der Bundestaat zwischen Reiner Rechtslehre und Verfassungsrealität*, Braumüller, Viena 1976.

neokantianos[11]- sostiene que todo el ordenamiento jurídico debe culminar en una única norma fundamental. No admite, pues, dos ordenamientos yuxtapuestos, dado que cada uno de ellos tendría que culminar en una norma fundamental diferente [12].

Por tanto Kelsen reconduce el derecho internacional al interior de la pirámide única que reúne todas las normas jurídicas. Se plantea así el problema de en qué nivel colocar el derecho internacional dentro de la pirámide. Si se lo sitúa por debajo de la constitución, de ahí se sigue que el derecho internacional es válido solo en tanto en cuanto es conforme a la constitución: el derecho del Estado prevalece sobre el internacional. Por el contrario, si se sitúa el derecho internacional por encima de la constitución, de ahí se sigue que en el ordenamiento nacional únicamente es válido aquello que es conforme al derecho internacional: este último prevalece sobre el derecho del Estado.

Esta teoría es muy criticada en el plano teórico. Pese a ello, no debe olvidarse que -en el terreno práctico- desempeñó una función relevante a la hora de exigir que todos los Estados respetasen las normas internacionales: y eso en una época en que formaba parte del *bon ton* político el afirmar que los tratados internacionales eran "papel mojado"; esto es, en una época en que las invasiones de Estados soberanos eran tan normales que el exiliado Kelsen, en 1940, abandonó Ginebra en su ya tercer exilio ante el temor de que incluso la neutral Suiza pudiera ser objeto de una invasión alemana.

Así pues, también la criticada teoría monista del derecho internacional contribuyó a defender la democracia liberal justamente en los años en que esta estaba siendo atacada con mayor virulencia.

Hasta aquí nos hemos mantenido dentro de la pirámide, es decir, la hemos estudiado sin salir de ella. Probemos ahora a mirarla desde fuera. La pirámide está quieta, mientras el mundo cambia. Metáforas aparte, ¿la concepción piramidal del derecho responde aún a las exigencias que plantea el derecho de hoy?

Yo tiendo a formarme una visión histórica, y no absoluta, de las teorías. No pretendo que estas expliquen el Derecho *tout court*, pero sí verifico en

---

[11] Véase, por ejemplo, Hans Herz, *Das Recht im Stufenbau der Seinsschichten. Bemerkungen über das Verhältnis der Reinen Rechtslehre zu Nikolai Hartmanns Lehre vom Schichtenbau der Welt*, en Rudolf Aladár Métall (ed.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, Europaverlag*, Viena 1974, pp. 113-126 (original en "Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts", 1935, pp. 283-294).

[12] Sobre la teoría de las fuentes del Derecho internacional cfr. el escrito del discípulo y biógrafo de Kelsen: Rudolf Aladár Métall, *Skizzen zu einer Systematik der völkerrechtlichen Quellenlehre*, en Rudolf Aladár Métall (ed.), *33 Beiträge zur Reinen Rechtslehre, Europaverlag*, Viena 1974, pp. 231-244 (bibliogr.: p. 231 y s., en nota; original en "Zeitschrift für öffentliches Recht", 1931, pp. 416– 428).

qué medida han explicado el derecho de su tiempo y en qué medida explican aún el derecho de nuestro tiempo. Practico, en fin, un realismo modesto y piadosamente ecléctico. Así pues, situándonos fuera de la pirámide, preguntémonos en qué medida sirvió en el siglo pasado y en qué medida sirve hoy, en los albores del nuevo milenio.

En última síntesis, la teoría doctrina pura del derecho está estrechamente ligada a la noción del Estado nacional moderno y por lo tanto no explica lo que existía antes de este ni lo que está ocurriendo después de él. No explica el derecho preindustrial, aquel derecho arcaico y primitivo en el que no existe un Estado con el poder exclusivo de estatuir las normas jurídicas que regulan la entera sociedad. Donde reina el derecho consuetudinario no hay espacio para el riguroso positivismo legislativo, para el cual solamente es derecho el que está establecido por los órganos estatales.

Pero el riguroso positivismo legislativo no explica ni siquiera ese derecho postindustrial que parece afianzarse en nuestro tiempo: es decir, no explica el pluralismo jurídico[13]. Hoy día, en nuestras sociedades multiculturales se tiende a admitir la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos normativos: por ejemplo, en la Italia católica los tribunales no pueden intervenir contra la poligamia islámica si esta está regularmente reconocida en los estados de origen. En algunos casos, del pluralismo jurídico nace directamente un *pluralismo judicial.* En Colombia, más de una vez el tribunal constitucional ha reconocido como válida la condena de un indio dictada por un tribunal tribal según sus propias reglas consuetudinarias y ha evitado que la misma persona fuera juzgada por ese mismo delito por un tribunal estatal según el código en vigor. El riguroso positivismo legislativo jamás aceptaría esta aplicación del civilísimo principio *ne bis in idem.*

Y sin embargo, en nuestra sociedad postindustrial perviven estructuras sociales heredadas de la sociedad industrial; por eso en el derecho de la sociedad postindustrial siguen siendo válidas algunas explicaciones iuspositivistas que fueron ideadas para el derecho de la sociedad industrial: de tal modo, la concepción piramidal del derecho aún puede explicar la jerarquía interna del ordenamiento estatal, así como la del ordenamiento comunitario europeo. En cambio, tiene dificultad para explicar la coexistencia de los tres ordenamientos característicos de nuestros días: los ordenamientos nacionales, supranacionales e internacionales. En esa única pirámide normativa la ubicación del derecho comunitario crearía no pocas dificultades. De ahí que

[13] El pluralismo jurídico no es un fenómeno nuevo: por ceñirnos al ámbito europeo, baste pensar en los ejemplos medievales de coexistencia del derecho romano con los derechos germánicos, o bien en la coexistencia, en los estados alemanes preunitarios, del derecho local con el *usus modernus Pandectarum*.

la doctrina internacionalista haya preferido el dualismo tradicional al monismo kelseniano; pero cuanto más se afianzan las estructuras supranacionales, tanto más se advierte la exigencia de yuxtaponer una tercera pirámide normativa a las dos ya existentes.

b) Una teoría "trialista" actualmente olvidada.

Para subrayar cómo el problema del "tercer nivel" se plantea siempre que cobran fuerza organismos supranacionales puede ser de utilidad recordar un antecedente histórico de las teorías sobre un nivel intermedio entre el derecho nacional y el internacional. Data del año 1939.

En el período de entreguerras las anexiones territoriales habían dado lugar a superposiciones temporales de ordenamientos jurídicos. En el ámbito del derecho privado, el que el derecho del territorio anexionado conservara una validez (aunque fuera transitoria) en el estado incorporante era visto (en general) como un problema de derecho interno. Algunos internacionalistas, en cambio, -entre ellos el italiano Antonio Scrimali, oscuro autor de una teoría que no tuvo fortuna- se inclinaban a ver en ello un tercer nivel jurídico, llamado "interregional"[14]. Esta nueva categoría suscitó acerbas críticas por parte de la mayoría de los internacionalistas, que entendían que las materias "interregionales" en realidad eran o bien derecho interno (si se excluía una injerencia internacional) o bien derecho internacional (si, por el contrario, se admitía una injerencia internacional).

En general, se lamenta Scrimali, el derecho "interregional" no ha sido estudiado individualmente al estar (especialmente en caso de anexión) "assimilé au problème des conflits interprovinciaux de lois"[15]. Él, en cambio, sí tomaba en consideración los conflictos intercantonales, federales, coloniales que podían manifestarse en un "État plurilégislatif"[16].

Según Scrimali, el admitir un tercer nivel de derecho "interregional" podría contribuir a atenuar las tensiones y los conflictos de ordenamientos que se estaban manifestando desde el fin de la Primera Guerra Mundial. Por ejemplo, en junio de 1938 el gobierno checo declaró que la cuestión de los

---

[14] Antoine Scrimali, *Sur l'existance d'un troisième droit intermediaire entre le droit interne et le droit international*, "Revue de droit international et de législation comparée", XX, 1939, pp. 339-410; recensión muy crítica en "Zeitschrift für öffentliches Recht", XXI, 1941, pp. 138 y s. Cfr. también Antonio Scrimali, *Les conflits interrégionaux des lois dans le droit international*, Ciuni, Palermo 1935, 398 pp.

[15] Scrimali, *Sur l´existence d´un troisième droit intermediaire*, cit. p. 355.

[16] Scrimali, *Sur l'existance d'un troisième droit intermediaire*, cit., p. 352. Los conflictos entre Dominios y Corona en Gran Bretaña y los conflictos entre estados en los USA son considerados por el autor como de naturaleza internacional y por ello la doctrina de esos países ignora el derecho interregional.

Sudetes era derecho interno, mientras que el alemán sostenía que era internacional. El Tratado de Saint Germain de 1919 (en los artículos 10 al 13), instituía la región autónoma de Rutenia dentro de la ex-Checoslovaquia: los privatistas lo consideraban un acto de derecho internacional; los internacionalistas, un acto de derecho interno[17]. Por último, Scrimali trae a colación el caso de la guerra civil española: en los inicios de una guerra civil se usa el derecho interregional, pero cuando "esta se transforma en una verdadera guerra" se aplica el derecho internacional, porque nos encontramos "en présence de deux nouveaux sujets de droit international"[18]. Así, la guerra civil española era un conflicto internacional para los estados que habían reconocido al gobierno de Burgos, en tanto que no lo era para quienes en el general Francisco Franco no veían más que a un rebelde.

En conclusión, la clásica concepción "dualista" distingue frecuentes contactos y conflictos entre el derecho nacional y el internacional. A dicha concepción contrapone Scrimali su teoría "trialista", que distingue escasísimos puntos de contacto (y de contradicción, en consecuencia) entre los tres órdenes, precisamente porque los conflictos entre los dos ordenamientos extremos quedan absorbidos por el ordenamiento intermedio, es decir, por el derecho "interregional".

Pero el punto débil de esta definición es la fuente del derecho "interregional": "le droit intérregional, -escribe Scrimali,- puise son origine dans la volonté d´un pouvoir souverain, il exerce son influence sur le territoire de l´État". Ahora bien, en el momento en que se escribía aquel artículo, en 1939, no existía un poder "interregional" legitimado para producir un derecho "interregional": de ahí las fundadas críticas a esta teoría "trialista".

Las críticas son fundadas pero, por escaso que sea, Scrimali no dejó de tener cierto mérito: intuyó que el derecho internacional se estaba transformando, aunque no alcanzó a definir la naturaleza de esa transformación: se quedó apocadamente aferrado al pasado inmediato; le faltó la agresiva osadía con que Schmitt se lanzó a acometer el futuro.

Schmitt es trágico. Scrimali es modesto. Leyéndolo, he vuelto a ver la escena final de una película de culto juvenil: a un grupo de muchachos, tras una noche llena de contratiempos, se le ocurre la poética idea de ir a la playa a contemplar el nacimiento del sol sobre el mar. Así que se sientan en la arena y esperan, pero... ¡qué lástima!: el sol salía por el lado opuesto. Algo así le sucedió a la teoría trialista de Scrimali.

---

[17] Scrimali, *Sur l'existance d'un troisième droit intermediaire*, cit., p. 437. El autor se había ocupado del tema en: Antonio Scrimali, *La Ruthénie subcarpatique et l'État tchécoslovaque*, Technique du Livre, París 1939, 96 pp.

[18] Scrimali, *Sur l'existance d'un troisième droit intermediaire*, cit., p. 406.

La intuición del nivel intermedio de Scrimali es de 1939. En aquel mismo año fue propuesta una nueva concepción del derecho internacional, que ya no es la monista de Kelsen ni tampoco la dualista clásica ni la trialista de Scrimali, sino una concepción que podremos llamar "derecho internacional de geometría variable": el derecho internacional del nacionalsocialismo.

c) El "ordenamiento de los grandes espacios (*Grossraumordnung*): un derecho internacional de geometría variable para las soberanías limitadas

La concepción del derecho internacional cambió radicalmente bajo el nacionalsocialismo. La geopolítica teorizó para todos los continentes el "Grossraumordnung", el ordenamiento de los "grandes espacios", con un estado hegemónico a la cabeza de varios estados satélites con soberanía limitada[19]. Carl Schmitt propuso en 1939 una nueva visión del derecho internacional que tomara en cuenta los diferentes niveles de soberanía nacional[20].

Aunque la exigencia de un nivel intermedio entre el derecho nacional y el internacional se formuló precisamente en los años treinta, por entonces únicamente de un modo marginal se tenía la percepción del problema teórico susceptible de ser resumido en la pregunta siguiente: ¿en qué nivel se sitúa el derecho que se crea dentro de los "grandes espacios"? Aquellos años de entre 1939 y 1945 ciertamente no eran propicios para las reflexiones teóricas. Más que las reglas jurídicas formales, eran las relaciones de poder militar las que dominaban en la conquista de la Europa oriental por parte de Alemania, en el "lugar al sol" de Italia y en la "Greater East-Asia Co-Prosperity Sphere" de Japón.

La propuesta de Carl Schmitt -que tomaba en consideración, y de hecho justificaba, estas relaciones de fuerza- subvertía la visión tradicional de todo

---

[19] Sobre el tema de los "grandes espacios" remito a mis trabajos siguientes: *La geopolitica nazionalsocialista e il diritto internazionale dei "grandi spazi"*, "Materiali per una storia della cultura giuridica", XXXV, 2005, n. 1, pp. 5-63; *Diritto e potere: la geopolitica brasiliana negli anni del governo militare (1964-1984),* Heleno Taveira Tôrres (Coordinador), *Direito e poder nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos*. Estudos em homenagem a Nelson Saldanha, Manole, Barueri (São Paulo, Brasil) 2005, pp. 64-104; *Um recente livro brasileiro sobre as tensões entre Brasil e Argentina na época das ditaturas européias*, "Política Externa"(São Paulo), XIII, 2005, n. 4, pp. 71-81. Sobre los grandes espacios en Asia Oriental está en prensa mi artículo: *La teoria nazionalsocialista dei "grandi spazi" dall'Europa al Giappone.* Associazione Italiana per gli Studi Giapponesi. Atti del XXVIII Convegno di Studi sul Giappone. Milán, 16-18 septiembre 2004 (en prensa).

[20] Carl Schmitt, *Völkerrechtliche Großraumordnung mit Interventionsverbot für raumfremde Mächte. Ein Beitrag zum Reichbegriff im Völkerrecht*, Deutscher Verlag, Berlín – Leipzig – Viena 1940, 69 pp. (segunda edición; reimpresión de la 4ª edición: Duncker & Humblot, Berlín 1991, 82 pp.).

el derecho. En Schmitt, la pirámide normativa expresaba unívocamente el concepto de jerarquía y, por tanto, proporcionaba una imagen *vertical* del derecho estatal. En cambio esta imagen ya no reaparece ni en el derecho entre Estados (es decir, en los tratados internacionales) ni en el derecho entre particulares (es decir, en los contratos privados), porque entre sujetos paritarios solo se puede invocar una imagen *horizontal* del derecho. Pero como según la doctrina de los "grandes espacios" los estados ya no eran iguales, no se los podía colocar en el mismo plano: con lo cual el derecho internacional dejaba de ser "horizontal", paritario. Así, los órganos oficiales del Partido Nacionalsocialista propugnaban una concepción "vertical" (o sea jerárquica) del derecho internacional[21]. Esta concepción nacionalsocialista de los niveles intermedios entre el derecho nacional y el internacional desapareció con el final de la guerra y con la disolución de los "grandes espacios".

d) La Unión Europea y la herencia de las dictaduras

Pero en la posguerra, con la construcción de las entidades supraestatales europeas a partir de 1950, se volvió a proponer el problema del tercer nivel. Esta nueva toma de interés fue causa de malentendidos que han llevado a confundir las raíces del actual europeísmo con los principios del supranacionalismo totalitario.

De la idea de los "grandes espacios", es decir de las unidades supranacionales bajo la guía de un estado hegemónico, nació también en el nacionalsocialismo una visión de la unificación europea que a la postre en la terminología -no así en la esencia política- todavía hoy evoca paralelismos extraordinarios con la construcción de la Unión Europea; pero que inducen a confusión.

El silencio que desde la posguerra cayó sobre las doctrinas de las dictaduras ha hecho olvidar que existían *dos* teorías de la unificación europea: una concepción imperialista y militarista de la unificación europea, entonces triunfante; y una visión federalista y pacifista de esa misma unión, catacumbal por entonces. Hoy las tornas se han cambiado, pero el haber perdido de vista esas dos fuentes bien distintas del pensamiento europeo puede llevar a

[21] Ernst Hermann Bockhoff, *Die kontinentale Wohlstandsphäre als Rechtsbegriff. Vom horizontale Weltrecht zum vertikalen Völkerrecht*, "Nationalsozialistische Monatshefte" (ed. de Alfred Rosenberg; "Zentrale politische und kulturelle Zeitschrift der NSDAP") XIII, 1943, n. 152-153, pp. 773-786. Por ejemplo: "Der Lebensraum: Carl Schmitt enunció por primera vez este concepto en una conferencia de 1938 e ilustró y demostró su importancia para el futuro desarrollo del derecho internacional". Este "terminus tecnicus" en el derecho internacional es un "schöpferischer Sprung" (p. 776); con este concepto "el pensamiento del derecho internacional ha pasado de lo horizontal, del universalismo, a lo vertical, al nacionalismo orgánico" (p. 777).

afirmar que la Unión Europea actual nace de una "fuente envenenada", como asegura John Laughland cuando trata de ilustrar "los orígenes antidemocráticos de la idea de Europa" identificándolos con el pensamiento nacionalsocialista[22] El autor inglés está fascinado por las "striking similarities between Nazi thought and the Pro-Europeanism of our own days"[23]. No podemos demorarnos aquí a propósito de este libro de elegante y documentada parcialidad: en realidad, la verdadera "fuente contaminada" está en el propio Laughland, y es su lúcida y maníaca aversión a la política alemana de cualquier tiempo la que lo lleva a mirar la actual Unión Europea como la realización del sueño hegemónico de la Alemania primero imperial y después totalitaria.

Espero que la referencia que antecede acerca del origen de la teoría de los "grandes espacios" contribuya a evitar esa peligrosa (y a menudo interesada) confusión sobre los orígenes de la unidad europea.

Hoy nos hallamos lejos de aquel modelo totalitario. Pero es cierto que el fundamento jurídico de la actual Unión Europea es cosa diferente del derecho internacional. Se hacen esfuerzos por definir su modelo en términos jurídico-formales pero, al mismo tiempo, se constata, por un lado, que el Estado nacional va delegando competencias cada vez más importantes en una entidad bajo muchos aspectos aún indefinida y, por otro lado, que el ente supranacional ejerce cada vez más poderes directamente en el ámbito del Estado nacional (también a través de la jurisdicción supranacional). La Unión Europea no es el estado-guía de los "grandes espacios", sino un poder extraño y superior al Estado nacional, hasta el punto de que un jurista austríaco escribe: "En una cierta contraposición con el derecho internacional, va tomando forma un ´derecho hegemónico´(*Hegemonialrecht*). En él encuentra expresión la fuerza normativa de la realidad"[24]. "Hegemonial"

---

[22] John Laughland, *The Tainted Source. The Undemocratic Origins of the European Idea*, Warner, Londres 1998, 402 pp.: en realidad, *una* de las ideas de Europa era anti-democratica, y es a esta a la que Laughland dedica su libro. Las *dos* corrientes –la imperialista y belicista y la federalista y pacifista– están descritas en mi introducción *Una "rivoluzione federale europea" alla fine della Seconda guerra mondiale* (en particular en el parágrafo *La dottrina dei grandi spazi come eredità delle dittature*, pp. 24-26), en Umberto Campagnolo, *Verso una costituzione federale per l'Europa. Una proposta inedita del 1943*. A cargo de Mario G. Losano, Giuffrè, Milán 2003, pp. 1-80. Cfr. también Horst Dreier, *Die deutsche Staatsrechtslehre in der Zeit des Nazionalsozialismus*, "Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer", n. 60, De Gruyter, Berlín 2001, p. 64 y s. Un extenso análisis de las posibles relaciones entre la ideología de los grandes espacios y la actual Unión Europea es el artículo de Alexander Proelß, *Nationalsozialistische Baupläne für das europäische Haus? John Laughland's "The Tainted Source" vor dem Hintergrund der Großraumtheorie Carl Schmitts*, "Forum Historiae Iuris", 2003: <http.//www.rewi.hu-berlin.de/online/fhi/zitat/0305proelss.htm>.

[23] Laughland, *The Tainted Source*, cit., p. 26.

[24] Friedrich Lachmayer, *Die Relativierung des Stufenbau-Modells durch das EG-Recht*, en Peter Bußjäger–Christoph Kleiser (ed.), *Legistik und Gemeinschaftsrecht*, Braumüller, Viena

es un término desagradable, pero apropiado, para expresar ese "déficit de democracia" que se encuentra en la actual construcción europea y que promueve suspicacias e incomprensiones. En los estados centroeuropeos, que hace poco que se han visto libres de las ataduras de la soberanía limitada, los enemigos de la entrada en la Unión Europea repiten: "No queremos que la Unión Europea acabe siendo nuestra nueva Unión Soviética"

Efectivamente la Unión Europea necesita la certeza, la claridad y la transparencia que ya existen en los ordenamientos de sus estados miembros. Pero está hecha a fuerza de compromisos políticos, de presiones externas, de paradas y puestas en marcha que no han favorecido la claridad en su diseño institucional. Como el don Juan de Max Frisch, su estructura normativa "tiene nostalgia de la geometría": en particular, tiene nostalgia de la pirámide normativa.

No han faltado propuestas en este sentido, que no podemos pararnos a examinar ahora.

II. La pirámide desmoronada

5. El modelo del derecho supraestatal comunitario europeo: ¿dónde está el vértice de la pirámide normativa?

Por quedarnos en el ámbito de los modelos jurídicos, la situación actual ha puesto en discusión la idea de estructura piramidal, pero no la ha superado. Efectivamente, esa estructura la volvemos a encontrar a nivel infraestatal, estatal y supraestatal. Las dificultades nacen de la coordinación presente y futura de estos tres niveles entre sí.

La concepción kelseniana de la estructura jerárquica del derecho fue pensada para el Estado nacional del siglo XIX y de la primera mitad del XX. De entonces acá, en todos los continentes se han consolidado formas más o menos estrechas de colaboración supranacional. Al igual que ocurrió en los años treinta, se plantea el problema de la coordinación entre estos nuevos ordenamientos supranacionales y los tradicionales ordenamientos nacionales e internacionales. Los Estados miembros generalmente reconocen la autonomía del ordenamiento jurídico comunitario respecto del derecho interno (pero no siempre respecto del derecho internacional). No obstante, esta autonomía no significa validez inmediata: el derecho comunitario es aplicable solamente si ha sido incorporado por el derecho interno del Estado miembro.

2001, p. 73. Como mínimo en la terminología, este "derecho hegemónico" presenta resonancias del derecho de los totalitarismos europeos: quede señalado este paralelismo, ya que no es posible profundizar en él.

En casi medio siglo, la cooperación europea ha ido extendiéndose tanto en sentido horizontal, al pasar de los seis Estados fundadores a los actuales veinticinco, como en sentido vertical, al multiplicarse las estructuras comunitarias, sus competencias y sus actos normativos. Se ha llegado así, por un lado, a las críticas contra el exceso y el desorden de la normativa comunitaria y, por otro lado, a colisiones con los ordenamientos nacionales: a este propósito son clásicas las disputas que han suscitado las normas comunitarias acerca del mercado de las bananas y de la publicidad del tabaco.

La extensión vertical y horizontal de la Unión Europea impone una nueva reflexión acerca de su derecho. Podemos indicar aquí (sin posibilidad de desarrollarlos) dos problemas fundamentales de índole teórica pero que tienen importantes consecuencias prácticas. *En primer lugar,* hay que preguntarse si la masa de las normas comunitarias puede ser organizada en un sistema, es decir, si puede ser ordenada conforme a una estructura piramidal que, de alguna manera, sea semejante a la del ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados miembros. Si se responde afirmativamente, el sistema jurídico comunitario adquirirá una transparencia y una certeza que hoy por hoy a menudo le faltan. *En segundo lugar,* independientemente de la respuesta que demos a esta primera pregunta, hay que interrogarse sobre si el ordenamiento comunitario en su totalidad es autónomo respecto a los ordenamientos nacionales y supranacionales. Si se responde afirmativamente, todo el actual sistema normativo estará organizada según un esquema tripolar, con importantes consecuencias organizativas a nivel nacional, comunitario e internacional.

6. El derecho infraestatal del regionalismo: ¿dónde está la base de la pirámide normativa?

Se ha visto que el derecho comunitario está considerado por los tribunales de los Estados miembros como un derecho supraordenado al nacional, pero eficaz solamente después de que haya sido incorporado en una norma nacional. Pero tal incorporación también produce efectos sobre los ordenamientos jurídicos infraestatales, que van cobrando una importancia cada vez mayor[25]. Las legislaciones de los Länder alemanes o austríacos deben adecuarse a su vez a la ley nacional que incorpora la comunitaria.[26] Esta adecuación se inscribe en una praxis ahora ya tan consolidada que no valdría

[25] En referencia también al Mercosur, cfr. Tullio Vigevani *et al*. (coord.), *A dimensão subnacional e as relações internacionais*, Educ, São Paulo 2004, 462 pp..

[26] Para Austria véase, por ejemplo, Peter Pernthaler (ed.) *Auswirkungen des EU-Rechts auf die Länder*, Braumüller, Viena 1999, VII-141 pp., además de "Schriftenreihe des Institut für Föderalismus" (un centenar de volúmenes sobre el federalismo austríaco interno y externo).

la pena hablar de ella si no fuera porque la reforma federalista que está en curso en Italia suscita más de un problema también a este propósito.

Pasar de un estado centralizado de tipo napoleónico a un estado federal es algo desacostumbrado, porque en general la federación nace de varios estados independientes que se unen, y no de un estado unitario que se divide. En este último caso se está más próximo a la secesión que al federalismo. En realidad, el debate político italiano no ha definido con claridad hacia qué federalismo se está yendo, es decir, si lo que se quiere es dar más autonomía a las regiones ya existentes o crear Länder menos autónomos que los alemanes. En medio de estas nieblas institucionales se ha propuesto una reforma del Senado que incide sobre las competencias legislativas y, por lo tanto, puede tener repercusiones también sobre la incorporación de las normas comunitarias.

Italia heredó de la monarquía un sistema bicameral y lo conservó en la constitución republicana de 1948, si bien en una república la Cámara de los Lores viene a ser un duplicado de la Cámara de los Diputados. Con la reforma federal, se podría encomendar al Senado la representación de las regiones, como en el Bundesrat alemán o en el Senado estadounidense. Pero en lugar de eso se proyecta instituir un Senado regional sin representación territorial. En lugar de eso, se proponen largas listas de materias, que dan lugar a un triple sistema de fuentes legislativas: leyes solo regionales (que tienen por objeto las materias en absoluto secundarias transferidas del Estado a las regiones con la así llamada "devolution": sanidad, educación y policía local); leyes de competencia exclusiva del Senado; y leyes de competencia conjunta de la Cámara de los Diputados y del Senado. Esta intrincada estructura trae a la mente aquella Austria-Hungría en la que existían tres tipos de competencias: imperial, real-imperial, y real e imperial (kaiserlich, königlich-kaiserlich, königlich und kaiserlich, es decir k., k.k., k.u.k.: la "Kakania" de Robert Musil).

La metáfora de la pirámide se revela poco apropiada para describir la propuesta de reforma italiana: "Es como tener un estanque lleno de anguilas", comentaba espantado un conocido politólogo[27].

Es probable que esta inquietante propuesta acabe por desaparecer, como muchas otras que la han precedido. En todo caso, representa un ejemplo de los conflictos de competencia legislativa que podrían darse en el nivel estatal e infraestatal, y que podrían afectar también a la incorporación de la normativa comunitaria.

[27] Giovanni Sartori, *Il cattivo costituente*, "Corriere della sera", 21 septiembre 2004, p. 1.

7. Derecho común y lenguas diversas: de la pirámide a la Torre de Babel

Para construir un sistema normativo se necesita, en primer lugar, comprender el significado de las normas que se van a organizar: este criterio sistemático es tan evidente que siempre se omite el enunciarlo. Sin embargo, es necesario recordarlo expresamente cuando se opera sobre la legislación comunitaria, donde todas las lenguas nacionales son lenguas oficiales, y donde las traducciones hacen fe lo mismo que el original. Puede ocurrir que un documento diga una cosa distinta de lo que dice su traducción, y que ambas hagan fe por igual.

Un ejemplo que se refiere a la distinción entre sistema y ordenamiento ayuda a comprender las insidias del plurilingüismo comunitario. En la decisión Costa/Enel, el Tribunal de Justicia afirma en la versión inglesa que "the EEC Treaty has created its own legal *system*", el cual ha pasado a ser "an integral part of the legal *system* of the member States"; en la versión francesa, que "le traité de la C.E.E. a institué un *ordre* juridique propre, integré au *système* juridique des États membres"; en la versión alemana, que "der EWG-Vertrag eine eigene *Rechtsordnung* geschaffen" [hat], die "in die *Rechtsordnungen* der Mitgliedstaaten aufgenommen worden" [ist]. Tenemos aquí todas las combinaciones posibles de "ordenamiento jurídico" y "sistema jurídico" como si fueran sinónimos; sin embargo, hemos visto que no lo son.

Entre las normas comunitarias que habrá que modificar tras la entrada de los diez nuevos Estados miembros en 2004 figura, sin duda, la "Verordnung Nr. 1 des rates zur Regelung der Sprachfrage für die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft". Con base en ella, las lenguas de los estados miembros son lenguas tanto oficiales como de trabajo. Todo ciudadano de la Unión puede escribir a los órganos comunitarios en una de las lenguas oficiales ("a elección del remitente", art. 2) y el órgano comunitario está obligado a responder en la lengua en que se le ha dirigido la solicitud. Si, a la inversa, es el órgano comunitario el que entabla contacto con el ciudadano, deberá usar la lengua oficial del Estado al que pertenece este último; si las lenguas oficiales son más de una, se usará la lengua oficialmente indicada por el propio Estado. Y en fin, "Las ordenanzas y los demás actos que tengan validez general se redactarán en las once lenguas oficiales" (art.4), y por tanto el "Diario Oficial de la Unión Europea" se publica en once lenguas diferentes (art.5).

En pocas palabras, a la avalancha normativa se le ha sumado la avalancha lingüística, que actúa como multiplicador de documentos para los actos oficiales de la Unión Europea. El tratado de la CECA de 1951 estaba redactado y hacía fe solamente en francés. Hoy, con la entrada de los diez nuevos miembros, las lenguas oficiales son más de veinte (y a ellas se añade

el gaélico que, tras la renuncia voluntaria de Irlanda en el momento de la adhesión, ahora está encontrando una aplicación parcial).

Cada uno de los organismos comunitarios tiene un reglamento lingüístico propio y el plurilingüismo acompaña el proceso legislativo primario y secundario, la actividad del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia, y la preparación de los documentos internos y externos, además de los contactos con otros órganos comunitarios, con los Estados miembros y con los ciudadanos.

Para hacer frente a las exigencias del creciente plurilingüismo se ha puesto en pie un gigantesco aparato de traducción e interpretación, que por un lado debe respetar el principio de la paridad de las lenguas de todos los Estados miembros y, por otro, debe evitar las divergencias lingüísticas entre los textos traducidos a las diversas lenguas[28]. Una vez que esos textos ya se han publicado en varias lenguas, surge el problema de su interpretación, obstaculizada no pocas veces por divergencias de traducción análogas a las que presentábamos como ejemplo al inicio de este parágrafo. Por eso no es de extrañar que "Babel" y "Babilonia" sean metáforas recurrentes en los textos que tratan sobre los problemas lingüísticos de la Unión Europea.

Ninguna organización en el mundo opera con tal pluralidad de lenguas, de traductores y de intérpretes. Esta peculiaridad del derecho comunitario añade un ulterior elemento de opacidad a la masa poco organizada de normas comunitarias que convendría organizar de forma sistemática.

III. El modelo reticular del derecho y la sociedad globalizada

8. Complementariedad de los modelos piramidal y reticular

Reduciendo la complejidad del mundo jurídico a unos cuantos arquetipos, podemos afirmar que el derecho del siglo XIX y de la primera mitad del XX es el derecho de las grandes codificaciones, mientras que el de la segunda mitad del siglo XX es el derecho de las organizaciones supranacionales. En la época de los totalitarismos, el mundo jurídico iniciado en

[28] Cerca de 460 intérpretes garantizan las traducciones orales en un millar de sedes al año, mientras 3000 traductores producen cerca de 1,5 millones de páginas al año. Ya en 1982 el 60% de los gastos administrativos del Parlamento Europeo se debía a los costes de interpretación y traducción. Estos costes constituían el 2% del balance comunitario entero. Puesto que por cada nueva lengua es necesario proveer 200 personas los costes se hacen insostenibles. Otro argumento contra la conservación del plurilinguismo actual es la ralentización organizativa provocada por los tiempos para las traducciones. En lugar de favorecer la máxima extensión del pluringuismo opera, comprensiblemente, un *lobby* de los traductores e intérpretes de la Comunidad Europea. Más información y bibliografía sobre el plurilinguismo en la Unión Europea en mi *Prólogo*, en: Cristina Hermida del Llano, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Anthropos, Barcelona 2005, pp.VII-XVI.

el XIX culminó con los códigos italianos: el penal, de 1930, y el civil, de 1942: grandes códigos fascistas que englobaban decenios de cultura prefascista. En cuanto a la Alemania nacionalsocialista, ya se había lanzado hacia las relaciones supranacionales con su nuevo derecho internacional de los "grandes espacios": no por casualidad se debatió largamente un proyecto de Volksgesetzbuch (compañero del Volkswagen y el Volksempfänger); pero, a diferencia de Italia, al final no llegó a convertir el proyecto en derecho vigente. Esos códigos italianos que estuvieron en vigor, y aquel proyecto alemán que se quedó en proyecto marcan simbólicamente la cesura entre las dos concepciones del derecho, el derecho moderno y el posmoderno.

Pero en las dos mitades contrapuestas del siglo XX, el material jurídico positivo seguía presentando las mismas características de siempre. Lo que cambiaba era el modo de afrontarlo y de organizarlo, ya que el sistema con que poner orden en el derecho está en la cabeza del sistematizador, y no en el derecho mismo. [En aras de la brevedad, doy aquí por resuelta la disputa acerca del sistema externo o interno, que se prolonga -sin resolver- desde Aristóteles hasta Umberto Eco]. Al problema de la pluralidad de las fuentes del derecho -nacional, supranacional, internacional- vienen a sumarse otros elementos de complejidad: los tres niveles mencionados tienden a regular sectores cada vez más vastos de la vida personal e interestatal, al tiempo que las materias reguladas tienden a desbordar cada vez más las fronteras nacionales. En el tercer milenio la informática, las telecomunicaciones, la ecología, las migraciones, las enfermedades se mueven con rapidez excepcional y sin distinguir fronteras nacionales. Para no extendernos, baste recordar, respecto a la informática, la privacidad de los datos personales; para las telecomunicaciones, las grandes redes televisivas o la música distribuida vía Internet; para la ecología, los riesgos atómicos *à la* Chernobil o el agujero en la capa de ozono; para las migraciones, los movimientos de migrantes clandestinos en el Mediterráneo; para las enfermedades, el Síndrome Respiratorio Agudo Severo. Cosas, todas ellas, que ya sucedían en el pasado, pero con modalidades completamente distintas a las de hoy: estas últimas ya no respetan las fronteras de los Estados nacionales.

A la pluralidad de los ordenamientos jurídicos y a la imposibilidad de encauzar las materias reguladas se une el creciente poder de los jueces. En el derecho nacional, materias como el derecho laboral o el derecho constitucional se han convertido en materias fuertemente jurisprudenciales; a nivel supranacional, los jueces comunitarios influyen directamente sobre los ordenamientos de los Estados miembros; a nivel internacional, nacen órganos jurisdiccionales dotados de poderes cada vez más amplios. El derecho europeo continental se acerca más y más al derecho jurisprudencial, es decir al *Common Law*.

En suma: hoy día el derecho adopta el aspecto de una masa tridimensional en continua e irregular expansión, y en consecuencia el riguroso modelo de la pirámide normativa se esta disgregando. En el bien calibrado ordenamiento jerárquico de la pirámide encuentra explicación solamente una parte del derecho actual, pero no todo. Lo que se queda fuera de la pirámide es, con frecuencia, precisamente lo más nuevo. Por eso la transformación profunda del derecho actual obliga a un cambio de paradigma en su estudio. El modelo de la red sustituye al de la pirámide.

Para aprehender intuitivamente el modelo de la red basta someter a examen un texto legislativo cualquiera. Este contiene reenvíos *explícitos* a otras normas del mismo ordenamiento. A su vez la norma a la que se reenvía suele contener nuevos reenvíos, y así sucesivamente. De esta forma, nos movemos en todas direcciones en el interior del ordenamiento a examen, sin ningún orden rígido. Esta red de conexiones se hace aún más compleja si, a los reenvíos explícitos, añadimos los reenvíos *implícitos,* o sea aquellos no expresados por el legislador, pero identificados por los estudiosos. Y es que desde el texto normativo podemos movernos bien hacia las sentencias o bien hacia la constitución o hacia las normas supra– o internacionales.

Este modelo reticular se asemeja al modelo de un hipertexto: no en vano los modelos reticulares (no en el derecho sólo) están fuertemente influidos por la cibernética y la informática. Pero aunque sea empleando los modelos reticulares, en realidad el jurista hace lo que siempre ha hecho, solo que con una técnica nueva. Las normas decimonónicas están llenas de reenvíos explícitos a otras normas, los códigos y los manuales están llenos de notas a pie de página que reenvían a otras notas y a otros textos; y los escolios de los *Basilikà* y las glosas medievales al *Corpus Juris* también son hipertextos sin informática. Igual que Monsieur Jourdain hablaba en prosa sin saberlo, así los juristas han empleado siempre las técnicas hipertextuales sin darles este nombre.

En los últimos decenios han nacido nuevas formas del derecho, a las cuales se han agregado las nuevas tecnologías para conocerlo (bancos de datos) y para aplicarlo (automatización de los procedimientos o, como se dice ahora, el *e-government*): abro esta ventana sobre la informática jurídica no únicamente por su importancia en la transformación del derecho, sino también para recordar que justamente sobre la informática jurídica dicté mis primeras lecciones en 1971 en la Universidad de Milán y, en 1973, en la Universidad de São Paulo e Porto Alegre -¡hace ya más de treinta años! Algunos teóricos, seducidos por la novedad, se han concentrado exclusivamente en ella. Así encontramos hoy gran cantidad de estudios que tratan de explicar este complejo derecho reticular mediante las metáforas más variadas. El alemán Teubner (que ya había elaborado un modelo de derecho

autocatalítico en la estela de las teorías, y de la oscuridad, de Luhmann) contrapone al superado derecho estatal un nuevo derecho espontáneo y heterárquico[29]. El franco-canadiense Belley sostiene que el riguroso derecho del pasado se está "disolviendo" en las reglas sociales globalizadas y dedica un libro al "derecho soluble" ("droit soluble"), entiéndase soluble en el comportamiento social[30]. Con esto desaparece el Estado como único centro productor del derecho y la producción de las normativas se hace "policéntrica": este cambio de época es anunciado por un grupo de finlandeses no como quien enuncia una evolución del derecho, sino como quien lanza un auténtico y verdadero "manifiesto político"[31].

Otros juristas, en cambio, no olvidan que el viejo derecho -el codificado, bien estructurado, sistemático, piramidal- pervive junto al nuevo derecho posmoderno, reticular, soluble, heterárquico, policéntrico: es el sensato punto de vista de los juristas belgas François Ost y Michel van de Kerchove[32]. Como queda dicho, en el Estado postindustrial sobrevive una parte del Estado industrial, y por esta razón todavía hoy la metáfora de la pirámide puede describir una parte del ordenamiento jurídico.

Dado que la tradicional jerarquía de las normas continúa existiendo en la teoría de las fuentes, la teoría sistemática y la visión reticular se revelan como complementarias. El simbolismo de la pirámide convive con el de la red, pero cada uno de los dos símbolos expresa un enfoque -distinto e igualmente esencial- sobre el derecho. La pirámide expresa la estructura del derecho; la red expresa la función del derecho. En efecto, la pirámide sigue prevaleciendo hoy en la visión de los juristas del derecho positivo y de quienes cultivan la dogmática jurídica; por su parte la red es el instrumento explicativo que prefieren siempre los sociólogos del derecho. Son dos caminos -tradicional el uno, innovador el otro- para apresar el polimórfico derecho con la limitada mente humana. Este límite es el punto crucial de todo modelo del ordenamiento jurídico.

---

[29] Gunther Teubner, *Un droit spontané dans la société mondiale?*, en Ch.-A. Morand (ed.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruyland, Bruselas 2001, p. 197 y s.

[30] Jean Guy Belley, *Une métaphore chimique pour le droit*, en Jean-Guy Belley (ed.), *Le droit soluble. Contributions québecoises à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, París 1996, p. 7 y s.

[31] L. Eriksson–Ari Hirvonen – P. Minkkinen–J. Pöyhönen, *Introduction: a polytical manifesto*, en Ari Hirvonen (ed.), *Polycentricity. The Multiple Scenes of Law*, Pluto Press, Londres 1998, p. 1 y ss. Nótese: *polytical*, y no *political*, para recalcar que se pone el acento sobre la multiformidad del derecho.

[32] François Ost–Michel van de Kerchove, *De la pyramide au réseau. Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés Universitaires Saint Louis, Bruselas 2002, 597 pp.

El sistema quisiera estar completo, pero no alcanza nunca a contener la totalidad del ordenamiento jurídico. Por eso, cuando en 1998 dicté en Hannover un curso sobre la noción de sistema, lo titulé *L'elegante esperanza*[33], tomando prestada una sugestiva expresión de Borges. Como la pirámide, también la red quisiera capturar todo el derecho: pero por mucho que se estrechen las mallas, alguna parte del ordenamiento escapa a la captura.

Los afanes del jurista que quiere apresar el derecho con la red de los conceptos son comparables a los de quien se empeña en capturar el viento con una red. Un libro de *emblemata* del siglo XVI contiene la bella imagen de un hombre fornido, miguelangelesco, porfiando con una red llena de cabezas que soplan: el hombre intenta capturar los vientos con una red, "prendre aux res le uentz"[34]. Este emblema lleva un título que conviene al afán del jurista, porque expresa igualmente lo vano del esfuerzo y el deseo de hacerlo cada vez mejor.

Es un título que se puede aplicar a todo buen jurista y legislador: "Der Weltverbesserer", el "mejoramundos".

(Trad. de Luisa Juanatey)

[33] Mario G. Losano, *Die elegante Hoffnung. Systembegriff und Systemdenken in der neueren Rechtsgeschichte. Hannoversche Vorlesung 1997/98*, Quaderni della Sezione di Teoria Generale e Informatica del Diritto, Università degli Studi di Milano, Dipartimento Giuridico-Politico, n. 10, Cuesp, Milán 1998, 67 pp.

[34] Arthur Henkel–Albert Schöne (ed.), *Emblemata. Handbuch zur Sinnbildkunst des XVI. und XVII. Jahrhunderts*, Metzger, Stuttgart–Weimar 1967-1996, col. 1451 (Un hombre quiere apresar los vientos con una red: Weltverbesserer): "Quien quiere eliminar un mal enraizado fracasa en su propósito. Pues el mal se reaviva tan deprisa que nada se consigue cazando de esta manera. Airada y estúpida es la audacia de quien tiene una mente tan necia que pretende atrapar el viento con la red (*prendre aux res le uentz*). De la misma manera que esto es imposible, así se considera imposible querer eliminar un mal antiguo": de Guillaume de La Perrière (1499-1565), *Le théatre des bons engins*, 1539. El mismo emblema se considera también un símbolo de la "vanidad de la fama" ("Eitelkeit des Ruhms", col. 1452): "merces digna labore", es decir, la merced, la recompensa (el viento) es digna del trabajo (el cual es inútil por tanto). Pero yo no aplicaría este juicio tan lleno de pesimismo a los afanes del jurista.

DINAMISMO Y COACTIVIDAD. SOBRE UNA INCONGRUENCIA EN LA TEORIA PURA DEL DERECHO[1]

Miguel Ángel Rodilla
Universidad de Salamanca

RESUMEN. El autor sostiene que la interpretación de Kelsen de la idea de coactividad, a la que usa como criterio de individualización de las normas jurídicas, es incompatible con su caracterización del Derecho como sistema normativo dinámico. El sistema jurídico kelseniano no puede construirse con las normas jurídicas kelsenianas, porque entre éstas no pueden darse las relaciones de validación que son características de un sistema dinámico. De esta manera, la teoría kelseniana del Derecho como un sistema normativo dinámico es una razón para abandonar la teoría kelseniana sobre la estructura uniforme de las normas jurídicas.

ABSTRACT. The author maintains that Kelsen´s interpretation of the idea of coerciveness, which he uses as an individualization criterion of legal norms, is incompatible with his characterization of law as a dynamic normative system. The kelsian legal system cannot be constructed using kelsian legal norms because the validation relationships, which are characteristic of a dynamic system, cannot exist among them. Thus, the consideration of the kelsian theory of law as a dynamic normative system constitutes a reason for abandoning the kelsian theory on the uniform structure of legal norms.

[1] Este artículo forma parte de un trabajo más amplio sobre la concepción kelseniana del sistema jurídico elaborado dentro del proyecto de investigación BJU2002-01494 financiado por la DGI. El borrador fue discutido en el Seminario de Filosofía del Derecho de Salamanca. Agradezco a Enrique Bonete, José A. Ramos Pascua, José M. Garrón, Juan M. Pérez Bermejo, Lourdes Santos, Pablo Rodríguez y José A. Sendín sus críticas y sugerencias. Especialmente agradecido estoy al Prof. Delgado Pinto, a quien debo cuanto sé sobre Kelsen. En una versión ligeramente abreviada este artículo está incluido en J. I. Sánchez Macías, R. Calvo Ortega y F. Rodríguez López (Eds.), *Economía, Derecho y Tributación. Estudios en homenaje a la profesora Gloria Begué Cantón*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2005. Aprovecho la ocasión para expresar públicamente a la profesora Begúe mi profundo afecto y gratitud.

En estas páginas exploro lo que me parece que es una grave incongruencia en la concepción kelseniana del derecho. Kelsen caracteriza el derecho como un sistema normativo dinámico y coactivo. Debidamente interpretados, no veo ninguna dificultad para aceptar dinamismo y coactividad como rasgos distintivos del derecho. Mi tesis, sin embargo, es que la interpretación que Kelsen ofrece de la idea de coactividad, elevándola a criterio de individuación de las normas jurídicas, es incompatible con su caracterización del derecho como sistema normativo dinámico.

En esta incongruencia se manifiesta una importante inconsistencia de la teoría pura del derecho. Diciéndolo en pocas palabras, la teoría kelseniana del *sistema* jurídico es incompatible con la teoría kelseniana de la *norma* jurídica: con las normas jurídicas kelsenianas no es posible construir el sistema jurídico kelseniano. De modo que, si esto es verdad, la teoría kelseniana del sistema jurídico es una razón muy poderosa para abandonar la teoría kelseniana de la norma jurídica.

1. La idea de sistema normativo

Probablemente ha sido Kelsen uno de los primeros en haber situado la noción de sistema en el centro del concepto de derecho: la clave para descifrar el concepto de derecho no reside en la noción de *norma* sino en la de *sistema* normativo. Precisamente con una declaración enfática en este sentido comienza la *Teoría General del Derecho y del Estado:*

> "El derecho es un orden de la conducta humana. Un 'orden' es un sistema de reglas. El derecho no es, como a veces se dice, una regla. Es un conjunto de reglas que tiene el tipo de unidad a que nos referimos cuando hablamos de un sistema. Es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a la regla individual aislada. Las relaciones que enlazan unas con otras las reglas particulares de un orden jurídico son también esenciales a la naturaleza del derecho. Sólo sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un orden jurídico puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho" (GT 3 [3l)

Distanciándose de los usos a la sazón dominantes en la teoría jurídica en lengua alemana, Kelsen entiende el sistema jurídico no como un sistema de conceptos o de problemas o de valores,[2] sino más bien como un sistema de

[2] En fecha todavía reciente W. Canaris trabaja sobre una larga y densa tradición teórica germánica cuando concibe el sistema jurídico como un "orden de valores". Cf, Canaris (1998). El § 2 de esa obra es instructivo sobre las diversas modulaciones que adopta la idea de sistema jurídico en la teoría jurídica alemana.

normas. La norma es, pues, la unidad básica del sistema.[3] Cuál haya de ser el criterio de individuación de las normas jurídicas, es una cuestión importante que no necesitamos abordar por el momento. Lo que interesa retener ahora es que Kelsen presenta la idea de sistema articulando los conceptos de *norma, pluralidad y unidad:* un sistema normativo es la unidad de una pluralidad de normas. Ahora bien, la integración de una pluralidad de normas en esa unidad que denominamos 'sistema' no se produce de cualquier modo. Un conjunto de normas no forma una unidad sistemática por el mero hecho de estar vigentes en el mismo grupo humano y ser generalmente respetadas por la misma comunidad de personas; tampoco por regular la misma materia o por tener afinidades en el contenido. Para Kelsen la relación entre normas que es relevante como relación sistemática es la relación de validación; lo que confiere unidad sistemática a un conjunto de normas es el hecho de tener un fundamento común de validez:

> "Diversas normas configuran *un* orden, es decir, pertenecen a un único y el mismo *sistema* de normas, cuando todas ellas en último término tienen que ser reconducidas a un único y el mismo fundamento de validez, cuando –expresándolo metafóricamente– proceden de una y la misma 'fuente', o –expresado en un giro antropomórfico muy popular– cuando el fundamento de su validez es una única y la misma 'voluntad', que precisamente por ello pasa por 'autoridad'" (PG 291 s.).[4]

El concepto kelseniano de 'sistema' está, pues, vinculado a su concepción de la validez.[5] Kelsen designa con el término 'validez' el modo peculiar de existir de las normas: decir 'una norma vale' equivale a decir que existe

---

[3] Aunque en muchos pasajes de las obras de Kelsen escritas en inglés (como el que acabo de transcribir) encontramos a menudo 'reglas' *(rules),* en adelante utilizaré más bien el término 'norma', que es la expresión habitual en nuestro autor. Con todo, he de advertir que en algún momento Kelsen parece querer establecer una distinción entre esos dos términos, echando mano de la distinción entre norma y enunciado deóntico: "Decir que una norma es válida es decir que suponemos su existencia o –lo que es equivalente– que suponemos que tiene 'fuerza vinculante' para aquellos cuya conducta regula. Las reglas jurídicas, si son válidas, son normas" (GT 30). De todos modos, dado que en sus escritos en alemán Kelsen no hace uso del término *Regel,* da toda la impresión de que el uso de *rule* viene dictado por conveniencias idiomáticas más que por exigencias conceptuales. Por lo demás un estudio comparativo de los escritos principales de Kelsen indica que por lo general *role* entra en inglés en los lugares donde entraría *Norm* en alemán.

[4] "Un orden jurídico es una pluralidad de normas generales o individuales que regulan el comportamiento humano [...1 Una pluralidad de normas constituyen un orden cuando éstas forman una unidad, y esto ocurre cuando tienen el mismo fundamento de validez" (COJ 93). Obsérvese que Kelsen utiliza indistintamente los términos 'sistema' y 'orden' *(Svstem, Ordnuung).* Aunque la expresión 'orden' es ubicua en los textos de Kelsen, en adelante por razones de conveniencia utilizaré generalmente el término 'sistema'.

[5] "El orden jurídico es un sistema de normas. Surge así la siguiente cuestión: ¿Qué es lo que convierte en un sistema una multitud de normas? ¿Cuando una norma pertenece a determinado

y que por consiguiente despliega los efectos característicos de las normas. Ahora bien, ¿en qué descansa la validez de una norma? Siguiendo el principio de la inderivabilidad del *Sollen* a partir del *Sein,* que forma parte de los presupuestos fundamentales de la teoría pura del derecho, Kelsen sostiene muy vigorosamente que no es posible fundamentar normas en hechos. Aunque en ocasiones la existencia de ciertos hechos (v. gr. una declaración de un cuerpo legislativo, o una decisión de un tribunal, o la observancia generalizada de un conjunto de personas) puede ser una condición necesaria para la existencia de una norma –y, como veremos, esto ocurre precisamente de forma característica en el caso del derecho–, no puede ser ni una condición suficiente ni el fundamento de validez de la norma. La validez de una norma –vale decir, su existencia– sólo puede basarse en otra norma: el fundamento de validez de una norma reside en otra, cuyo fundamento de validez sólo puede por su parte residir en otra norma y así sucesivamente, siguiendo un orden escalonado *(Stufenbau)* de validación entre normas.

De este modo, retrocediendo de norma a norma llegamos necesariamente a una norma final, en la que en último término descansa la validez de todas las demás normas y a la que, como es notorio, Kelsen denomina "norma fundamental" *(Grundnorm, basic norm).* Por su propia posición, como norma última, la norma fundamental tiene una naturaleza singular. Como su validez no puede descansar en ninguna otra norma, carece de fundamento dentro del sistema. No es una norma 'validada', pero es la suposición de su validez lo que nos permite interpretar como un sistema de normas un conjunto de enunciados normativos basados en ella. En suma, "una puralidad de normas constituye una unidad, un sistema o un orden cuando su validez reposa, en último análisis, sobre una norma única. Esta norma fundamental es la fuente común de validez de todas las normas pertenecientes a un mismo orden y constituye su unidad" (TP 135).

Como fundamento último de la validez de las normas, la norma fundamental proporciona, pues, la respuesta a las dos preguntas fundamentales que plantea la idea misma de sistema normativo: qué es lo que presta *unidad* sistemática a una pluralidad de normas y cuál es el criterio último para determinar *la pertenencia* de una norma al sistema. Lo que hace que una pluralidad de normas no sea un conjunto discreto sino un sistema es su común derivación a partir de una y la misma norma fundamental; lo que nos permite establecer que una determinada norma forma parte de un determinado sistema es su capacidad para ser derivada de la norma fundamental del sistema.

---

sistema de normas, a un orden? Esta cuestión está estrechamente conectada con la de la razón de validez de cada norma" (GT 110 [1291)

> "Todas las normas cuya validez puede ser retrotraída a una y la misma norma fundamental forman un sistema de normas o un orden. Esta norma fundamental constituye, como fuente común, el vínculo de todas las diferentes normas de que consta un determinado orden. Que una norma pertenece a un determinado sistema de normas, a un determinado orden normativo, se puede comprobar solamente estableciendo que deriva su validez de la norma fundamental que constituye ese orden" (GT 111 [130]. Cfr. también TP 135)

Un sistema normativo está, pues, integrado por todas las normas cuya validez puede remontarse a una y la misma norma fundamental, y sólo por ellas; una norma pertenece al sistema si el fundamento de su validez puede remontarse a la norma fundamental de ese sistema. Naturalmente la relación de fundamentación o de derivación entre una norma y la norma fundamental no es necesariamente directa. Más bien, la normas pueden derivar de la norma fundamental a través de otras normas: las normas de un sistema están unidas unas con otras a través de lo que J. Raz, comentando a Kelsen,[6] denomina 'cadenas de validez'–cadenas de validación entre normas, que tienen como último eslabón la misma norma fundamental. (Obsérvese *infra* la fig. 1, que representa la cadena de validez que vincula el acto de ejecución (AE) de una sentencia (NP) a la norma fundamental, a través de dos normas generales y una constitución).[7]

La pertenencia de cada norma al sistema depende, pues, de que pueda ser relacionada con la norma fundamental de ese sistema a través de una cadena de validez más o menos larga. Ahora bien, para tener una idea algo más precisa de la estructura de un sistema normativo, hay que agregar dos puntualizaciones. *En primer lugar,* un sistema no necesariamente consta de una sola cadena de validez. En sistemas complejos lo más verosímil es que haya varias cadenas: v. gr. en el caso español un testamento enlaza con la norma fundamental a través del Código Civil; en cambio, la sentencia que impone a una persona una pena de veinte años de prisión como castigo por haber cometido asesinato, enlaza con la norma fundamental a través del Código Penal. Un sistema puede, pues, tener (y verosímilmente tendrá) varias cadenas de validez, que tienen como último eslabón la norma fundamental. *En segundo lugar,* algunas cadenas de validez dentro del sistema pueden tener eslabones comunes: una norma puede servir de fundamento a otras varias normas, cada una de las cuales puede ser fundamento de otras varias más.

---

[6] Raz (1970) cap. V. La representación gráfica que aquí se hace de las cadenas de validez difiere ligeramente de la J. Raz.

[7] En la figura los círculos negros representan normas; las líneas representan relaciones de validación. Represento el acto de ejecución de la sentencia de forma diferente para indicar que, aunque se fundamenta en una norma, no es una norma. En todo caso, si es un acto *jurídico* es porque está conectado con una norma que pertenece a la cadena.

Una representación gráfica aproximada de un sistema normativo no tendría, pues, necesariamente la imagen lineal de una sola cadena (fig. 1); tampoco la imagen radial de varias cadenas independientes que sólo tienen en común el punto de convergencia (fig. 2). Más apropiada es la imagen arborescente de un conjunto de cadenas con eslabones comunes (fig. 3).

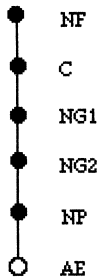

Fig. 1

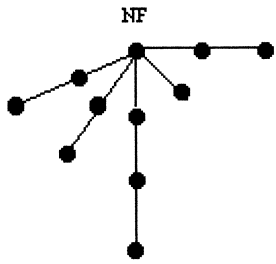

Fig. 2

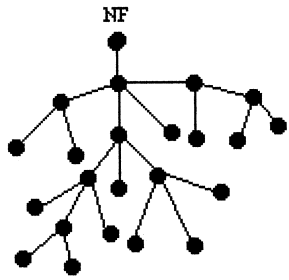

Fig. 3

Decisivo en todo caso es que los enlaces no pueden ser circulares, porque la relación de validación es unidireccional.[8] El desarrollo del sistema normativo a partir de la norma fundamental sigue precisamente un orden ramificado: la unidad sistemática de una pluralidad de normas es la unidad 'genealógica' de todas ellas a partir de un tronco común. Lo que hace que fenómenos de contenido tan diferente como un testamento, la realización de un acto de emancipación de un menor y la ejecución de una pena de prisión pertenezcan al mismo sistema es su común derivación a partir de una y la misma norma fundamental –de forma análoga a como lo que convierte a los primos segundos en parientes es su común derivación a partir del mismo tronco genealógico.

Esta interesante caracterización de un sistema normativo en términos de cadenas de validez es, en realidad, una caracterización muy general, que tiene un ámbito de aplicación más amplio que el derecho. Podemos hablar de sistemas morales o de cualesquiera otros sistemas normativos siempre que varias normas puedan ser reconducidas, mediante relaciones de validación,

[8] Cabria pensar que en el diagrama pueden aparecer zonas que presenten la apariencia de una retícula, porque puede que la validez de una norma no derive inmediatamente de una sola norma sino de varias (v, gr. de una en cuanto al procedimiento, de otra en cuanto a la materia). Ahora bien, incluso si esto es así, no se trataría propiamente de una retícula en la medida en que está excluida la circulación de la validez: la relación de validación no es circular. En el marco de una discusión sobre la necesidad de suponer una norma fundamental que sirva de basamento al primer poder normativo de un sistema, J. Raz sostiene la opinión contraria, a saber, que "las normas pueden autorizar indirectamente su propia creación", de modo que no sería necesario salir del sistema de normas positivas (vid Raz (1970) pp. 138 ss). Independientemente de si es o no aceptable, esta opinión, discutible, no se corresponde, creo yo, con la de Kelsen.

a una y la misma norma fundamental. La caracterización que he venido haciendo es, pues, común a todos los "órdenes de la conducta humana". Por eso "una definición del derecho tiene que especificar en qué aspectos difiere el derecho de esos otros órdenes de la conducta humana" (GT 4 [4]). Para diferenciar el derecho de otros órdenes normativos –en particular, de la moral-– Kelsen destaca dos rasgos distintivos del sistema jurídico: el derecho es un sistema normativo *dinámico (2)* y además *coactivo (3)*. Como veremos, el dinamismo proporciona una interpretación de la tesis de la positividad del derecho; la coactividad, en cambio, da cuenta de la índole específica de las normas jurídicas y de la forma peculiar como el derecho regula la conducta humana.

2. Dinamismo

2.1. Tal como Kelsen la construye,[9] la distinción entre sistemas normativos estáticos y sistemas normativos dinámicos es básicamente una distinción relativa a la naturaleza de la norma fundamental del sistema y a la relación de validación entre las normas, o si se prefiere, al modo de derivación de unas normas a partir de otras y en último término a partir de la norma fundamental.[10]

(i) La norma fundamental de un *sistema normativo estático* tiene contenido material: es una directiva que prescribe alguna forma de conducta. Y la derivación de las demás normas a partir de ella es resultado de un proceso de deducción de lo particular a partir de lo general: un proceso de obtención de contenidos particulares a partir de contenidos más generales, o un proceso de 'subsunción', como dice en ocasiones Kelsen, utilizando un lenguaje muy arraigado entre los juristas. La norma fundamental de un sistema estático es vinculante para nosotros en la medida en que consideremos que su validez es evidente por sí misma; y el contenido de las demás normas está desde el principio implícito en ella del mismo modo como en una inferencia lo particular esta implicado en lo general. En este sentido podemos decir que, admitida la validez de la norma fundamental, las demás normas del sistema valen por su contenido. El proceso de integración del sistema –es decir, el proceso de obtención de todas las normas que componen el sistema– es resultado de una "operación intelectual" de explicitación de contenidos nor-

[9] Para esta distinción y la discusión subsiguiente es sumamente instructivo Delgado Pinto (1997). Con este penetrante escrito Delgado Pinto fue entre nosotros uno de los primeros en estudiar la relevancia de la idea de dinamismo en la concepción kelseniana del derecho, y de discutir los problemas que suscita.

[10] Vid. GT 112 ss. [131 ss.], TP 135 ss., PG 292 ss.

mativos implícitos en la norma fundamental: "una inferencia de lo general a lo particular". En un sistema estático

> "las normas son 'válidas' [...] en virtud de su contenido: su contenido tiene una cualidad inmediatamente evidente que garantiza su validez, o, en otros términos: las normas son válidas a causa de su atractivo *(appeal)* intrínseco. Las normas tienen esa cualidad porque son derivables de una norma fundamental específica, de la misma manera que lo particular es derivable de lo general. La fuerza vinculante de la norma fundamental es evidente por sí misma o, al menos, se presume que lo es [...] Las diversas normas de un sistema de este tipo se encuentran implicadas por la norma fundamental del mismo modo que lo particular está implicado por lo general, y […] por consiguiente, todas las normas particulares de semejante sistema pueden obtenerse mediante una operación intelectual, es decir, mediante la inferencia de lo general a lo particular" (GT 112 [131 s.])

Kelsen denomina 'estático' a un sistema así porque su contenido está, por así decirlo, cristalizado: permanece diacrónicamente identico a sí mismo. Suponiendo que tuviéramos paciencia y tiempo para hacer todas las inferencias relevantes, y que las hiciéramos correctamente, podríamos describir de una vez por todas el contenido del sistema.[11]

> Que Kelsen introduzca por primera vez la idea de sistema estático en el marco de una discusión sobre las doctrinas del derecho natural no tiene nada de sorprendente.[12] No necesitamos remitirnos a la concepción fuertemente constructiva de 'sistema de derecho natural' característica de los representantes del yusnaturalismo moderno. Si no interpreto errónenamente, ya la concepción de Tomás de Aquino sobre la ley natural se ajusta *grosso modo* a la caracterización kelseniana de un sistema estático. "Los preceptos de la ley natural son, en relación con la razón práctica, como los principios de las demostraciones en relación con la razón especulativa, pues unos y otros son, por así decirlo, evidentes por sí mismos *(nota per se)"*. Dado que la idea de bien está analíticamente ligada a la noción de objetivo de la acción práctica, "el primer precepto de la ley natural es [...] que debe hacerse y perseguirse el bien y debe evitarse el mal. Y en éste se fundamentan todos los demás preceptos de la ley natural; de modo que todo lo que ha de hacerse o evitarse pertenece a los preceptos de la ley natural en la medida en que la razón práctica juzgue *(apprehendit)* naturalmente que son bienes humanos". Los diversos preceptos de la ley natural proceden *(referuntur) de* ese primer precepto único y así se reducen a él *(reducuntur ad unum primum preceptum)*. Por eso, a pesar de la multiplicidad de los preceptos, podemos ha-

[11] Obviamente puede que la aparición de nuevas circunstancias exija formular nuevas normas. Éste es un fenómeno bien conocido en los sistemas morales. En todo caso, lo decisivo es que esas nuevas normas han de verse como el despliegue del contenido de la norma fundamental del sistema. En este sentido podemos decir que están ya contenidas en ella.

[12] En Delgado Pinto (1977) se discute con perspicacia en qué medida la idea de sistema normativo estático es compatible con la concepción voluntarista de las normas sustentada por Kelsen, y por consiguiente permite ofrecer una descripción de la moral que sea satisfactoria en términos de la concepción kelseniana de la moral.

> blar de una sola ley natural: "Todos estos preceptos de la ley natural, en cuanto proceden de un único primer precepto, tienen carácter de una única ley natural *(habent rationen unius legis naturales)"*.[13] Por lo demás, la relación entre los preceptos de la ley natural y el primer precepto es una relación de inferencia deductiva: derivan de *él per modem conclussionum. "Así* el precepto 'no hay que matar' puede derivarse como conclusión de aquel otro que dice 'no hay que hacer mal a nadie'".[14]

(ii) El contenido de la norma fundamental de un *sistema normativo dinámico* es, en cambio, de carácter formal (o más precisamente, formal-procedimental). En este caso la norma fundamental se limita a establecer un poder normativo, una autoridad facultada para crear normas, la cual a su vez puede conferir facultades para crear normas a otras autoridades, que en ese sentido son inferiores y así sucesivamente. La norma fundamental de un sistema normativo dinámico no determina, pues, el contenido de las demás normas del sistema, sino sólo el modo como pueden crearse: se limita a autorizar a determinadas personas u órganos a crear normas, tal vez estableciendo procedimientos para ello. En un sistema estático la norma fundamental suministra a las demás no sólo su validez sino también su contenido, porque la validez de las demás normas requiere la coherencia de contenido con ella. En los sistemas dinámicos, en cambio, la norma fundamental sólo suministra el fundamento de validez de las demás normas del sistema, mientras que el contenido de las mismas procede de actos de producción de normas, que son resultado de acciones voluntarias contingentes.[15] Esto significa que en un sistema de este tipo la derivación de unas normas a partir de otras no es un proceso meramente intelectual, sino que necesariamente está mediado por actos de voluntad, por decisiones: la integración del sistema requiere actos de creación normativa. Aunque los actos de voluntad, siendo hechos, no son el fundamento de la validez de las normas, son condiciones necesarias para su existencia.

Así, pues, en un sistema normativo dinámico las normas valen, y pertenecen al sistema, no en virtud de su contenido, sino por haber sido creadas por el órgano autorizado por una norma anterior: la transición de una norma a otra requiere un acto de voluntad que, *por un lado,* es un acto de aplicación de una norma anterior, puesto que está autorizado por ella, y, *por*

---

[13] *Summa Theologice, 1-2,* q. 94 a. *2*

[14] Summa Theologice, 1-2, q. 95 a. 2

[15] La norma fundamental de un sistema dinámico es "el punto de partida de un procedimiento y su carácter es esencialmente formal y dinámico. Sólo la validez de las normas de un orden jurídico puede ser derivada de su norma fundamental. Su contenido está determinado en cada caso por un acto particular que no es una operación mental, sino un acto de voluntad" (TP 137).

otro, es un acto de creación de otra norma.[16] La norma fundamental, que da unidad al sistema, "no es sino la regla fundamental de acuerdo con la cual han de crearse las diversas normas de ese orden. Cualifica un determinado acontecimiento como el acontecimiento inicial en la creación de las diversas normas [...] Es el punto de partida de un proceso de creación de normas y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico" (GT 114 [134]).

La norma fundamental de un sistema dinámico crea, pues, un poder normativo básico. Pero éste por su parte puede delegar en otros poderes normativos inferiores y así sucesivamente. Dado que para la existencia de todas y cada una de las normas de un sistema dinámico (a excepción de la norma fundamental) es necesario que haya mediado un acto de creación normativa, las cadenas de validez de un sistema normativo dinámico incluyen una complicación adicional: la transición de una norma a otra dentro del sistema requiere actos de voluntad que son al mismo tiempo actos de aplicación y de creación de normas. La cadena de validez de las *normas* está entretejida con una cadena paralela de *poderes* normativos.

Carlos Nino expresa esta peculiaridad representando las cadenas normativas mediante un diagrama del tipo del que refleja la figura 4; en él las flechas representan autorizaciones para dictar normas y las líneas continuas actos de creación de normas, a la derecha se representan poderes normativos y a la izquierda normas.[17] Podemos mantener la forma que ya hemos utilizado para representar las cadenas de validez, siempre que entre cada uno de los 'eslabones-norma' (círculos) intercalemos un 'eslabón-poder normativo' (cuadrados). Así, por ejemplo, la fig. 5 representa la cadena de validez que vincula una sentencia de desahucio con la norma fundamental.

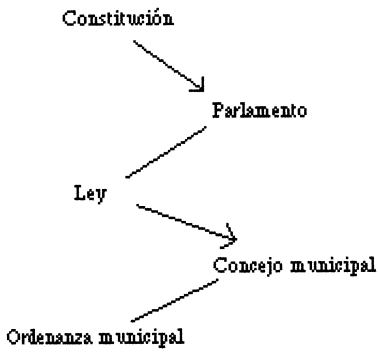

Fig. 4

Fig. 5

[16] Sobre la relación entre procesos de producción y procesos de aplicación vid. RR 239-41 [243-6]

[17] Nino (1983), p. 116.

En consecuencia, utilizando el diagrama arborescente que ya conocemos, podríamos representar del siguiente modo un sistema normativo dinámico (fig. 6).

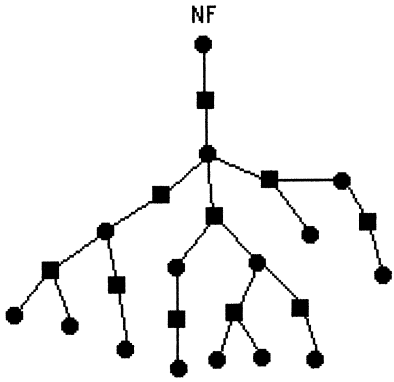

Fig. 6

Una propiedad esencial –y, por lo demás, obvia– de los sistemas normativos dinámicos es la *positividad.* Las normas de un sistema estático valen por su contenido, y son *encontradas* en el curso de un proceso intelectual. Las de un sistema dinámico, en cambio, valen con independencia de su contenido *porque* han sido creadas de forma deliberada por una autoridad competente: en este sentido son *puestas,* establecidas positivamente, creadas mediante procesos de decisión. Esto arrastra una consecuencia obvia: mientras que el contenido de los sistemas estáticos está cristalizado de una vez por todas, la descripción del contenido de un sistema dinámico en dos momentos diferentes, suficientemente distanciados en el tiempo, no tiene por qué coincidir, y verosímilmente diferirá en puntos más o menos importantes. Un sistema dinámico no conserva identidad diacrónica en cuanto a su contenido.[18] Lo que garantiza la identidad del sistema a través del tiempo, y a pesar de todos los cambios es la procedencia de las normas de actos de creación de ciertos poderes normativos cuya autoridad se fundamenta en última instancia en la misma norma fundamental. La unidad de un sistema normativo dinámico no es una unidad de contenido, sino la unidad de una

[18] Podemos explicar este punto echando mano de la distinción que establece Raz (1970) entre "sistema jurídico momentáneo" y "sistema jurídico". Un sistema jurídico momentáneo es el conjunto de todas las normas válidas en un momento dado; el sistema jurídico, en cambio, es una sucesión de sistemas jurídicos momentáneos. Si aceptamos la doctrina de Kelsen, un conjunto de sistemas jurídicos momentáneos forman parte del mismo sistema jurídico en la medida en que todos ellos tienen la misma norma fundamental.

cadena bien formada de poderes normativos, construida mediante delegaciones de autoridad:[19] "la unidad de una continuidad creadora" (COJ 100).

2.2. Una vez establecida la distinción entre sistemas estáticos y dinámicos, sólo queda agregar –si es que hiciera falta– que el orden jurídico es un caso eminente de sistema normativo dinámico. Eso implica, por una parte, que es un sistema positivo, integrado por normas creadas mediante actos de voluntad, y, por otra, que es independiente de la moral, porque la validez de las normas –su existencia y su fuerza obligatoria– no depende de su contenido sino del modo como han sido creadas. Kelsen describe el derecho, como sistema normativo dinámico, en los siguientes términos:

> "El sistema de normas que llamamos 'orden jurídico' es un sistema de carácter dinámico. Las normas jurídicas no son válidas porque ellas mismas o la norma fundamental tengan un contenido cuya fuerza vinculante sea evidente por sí misma. No son válidas por su atractivo intrínseco. Las normas jurídicas pueden tener cualquier clase de contenido [...] La validez de una norma jurídica no puede ser discutida sobre la base de que su contenido es incompatible con algún valor moral o político. Una norma es norma jurídica válida en virtud del hecho de haber sido creada de acuerdo con una regla definida, y sólo por ello. La norma fundamental de un orden jurídico es la regla suprema postulada *(the postulated ultirnate role)* de acuerdo con la cual las normas de ese orden se establecen y se anulan, es decir, adquieren y pierden su validez...
>
> El derecho es siempre derecho positivo, y su positividad reside en el hecho de que es creado y anulado por actos de seres humanos, siendo así independiente de la moral y de otros sistemas normativos semejantes [...] La norma fundamental de un orden jurídico positivo no es sino la regla fundamental de acuerdo con la cual han de crearse las diversas normas de ese orden. Cualifica un determinado acontecimiento como el acontecimiento inicial en la creación de las diversas normas jurídicas. Es el punto de partida de un proceso de creación de normas y, por consiguiente, tiene un carácter enteramente dinámico. Las normas individuales del orden jurídico no pueden ser deducidas lógicamente de esa norma fundamental [...] Tienen que ser creadas por un acto volitivo especial, no inferidas *(concluded)* de una premisa en virtud de una operación intelectual" (GT 113 s. [133 s.])

Para completar la caracterización kelseniana del derecho como sistema normativo dinámico es necesaria una indicación (i) sobre la naturaleza de la norma fundamental, y (ii) sobre el contenido de la norma fundamental característica de los sistemas jurídicos.

(i) La norma fundamental, que según Kelsen es la clave de bóveda del sistema, difiere sustancialmente del resto de las normas del sistema. Como

---

[19] "La unidad del sistema dinámico es la unidad de un nexo continuo de delegación *(die Einheit emes Delegationszusanmenhang)" (PG 293).* "La norma fundamental [...] es el supremo fundamento de validez que fundamenta la unidad de este nexo continuo de producción *(Erzeugungszusammenhang)"* (RR 228 [232])

sistema dinámico que es, el sistema jurídico está integrado por normas positivas; la norma fundamental, en cambio, no es una norma positiva: no es una norma *puesta,* sino *supuesta.* No es una norma introducida en el sistema mediante un acto de voluntad, porque, según Kelsen un acto de voluntad sólo puede ser un acto creador de normas si para ello está autorizado por otra norma anterior; y como, por definición, la norma fundamental no puede basarse en otra norma, su validez ha de darse por supuesta. Las normas del sistema se validan unas a otras, pero la cadena de validación no puede seguir hasta el infinito. La única forma de evitar un regreso infinito en la cadena de validación es suponer o postular una norma última, que ya no es creada, y cuya validez no deriva de ninguna otra norma, sino que se la supone.

> "La norma fundamental no es creada en un procedimiento jurídico por un órgano creador de derecho. A diferencia de la norma jurídica positiva, no es válida por haber sido creada de un determinado modo por un acto jurídico, sino porque se presupone que es válida; y se presupone que es válida porque sin esa presuposición ningún acto humano podría ser interpretado como un acto jurídico, especialmente como un acto creador de normas" (GT 116 [137]).

La norma fundamental es una norma límite, y supone un límite a la positividad del derecho.[20] Que un sistema de normas positivas tenga su fundamento en una norma no positiva puede resultar sorprendente, pero, una vez que se aceptan los presupuestos kelsenianos, es inevitable. Si tiene sentido la idea de sistema dinámico y, siguiendo la teoría kelseniana sobre la validez de las normas, admitimos que las normas no pueden fundamentarse en hechos sino en otras normas, la norma fundamental de un sistema dinámico no puede ser positiva. Positiva es una norma creada mediante actos de voluntad. Pero los actos de voluntad sólo pueden ser actos creadores de normas si se basan en una norma. Si se acepta el presupuesto de la inderivabilidad del 'deber ser' a partir del 'ser', un sistema de normas positivas necesariamente tiene que tener un fundamento no positivo.

A lo largo de sus obras Kelsen ha ido variando la caracterización de la norma fundamental: en unas ocasiones habla de ella como de una *hipótesis,* en otras la considera una *suposición,* en los últimos tiempos prefiere entenderla como una *ficción.* Suposición, hipótesis o ficción, lo decisivo es que, a diferencia del resto de las normas jurídicas, no es un producto de la voluntad sino algo que pone el intelecto para poder interpretar ciertos fenómenos como jurídicos.[21] Sea como fuere, no se trata de una suposición (hipótesis o

---

[20] Vid. PG 294 s.

[21] En los últimos años de su vida Kelsen consideró errónea la forma como durante mucho tiempo se había referido a la norma fundamental como una norma 'hipotética'. *Por un lado,* ese modo de hablar podía resultar desorientador, porque podría inducir a pensar que se trata de una hipótesis teórica sujeta a corroboración empírica. Si en *Allgemeine Theorie des Normen,*

ficción) arbitraria, sino más bien de una suposición que *tenemos que* poner, *si es que* queremos interpretar un conjunto de hechos (v. gr. ciertas declaraciones de voluntad, ciertas decisiones y ciertos actos de poder) como fenómenos creadores de normas, y un conjunto de mandatos como normas.[22] En este sentido, Kelsen, apropiándose de la terminología kantiana asigna a la norma fundamental un status lógico-transcendental: la norma fundamental es la condición de posibilidad del pensamiento jurídico en general y de la interpretación jurídica de la realidad.

> "En la medida en que sólo mediante la presuposición de la norma fundmental se hace posible interpretar el sentido subjetivo del hecho constituyente, y de los hechos establecidos conforme con la constitución, como su sentido objetivo, es decir, interpretarlos como normas jurídicas objetivamente válidas, puede caracterizarse a la norma fundamental, tal como es representada por la ciencia del derecho, [...1 como la condición lógico-transcendental de esa interpretación" (RR 204 s. [209]).[23]

No entraré a discutir la oportunidad de las diversas caracterizaciones que ofrece Kelsen. Hipótesis, suposición o ficción, lo decisivo en todo caso

---

apoyándose en la 'filosofía del como-si' de *Vaihinger, se* decide finalmente por caracterizarla como un ficción, es precisamente para evitar atribuirle 'realidad'. La norma fundamental es "una norma meramente pensada, y por eso fingida": no tiene ninguna correspondencia con la realidad. Su "objetivo intelectual" es permitirnos interpretar ciertos actos de voluntad como actos productores de normas y el sentido de los productos de esos actos como normas válidas. Pero se trata de una ficción, "que se diferencia de una hipótesis porque va acompañada o debe ir acompañada de la conciencia de que no le corresponde la realidad" (ATN 206 s.). *Por otra parte,* al concebir la norma fundamental como una norma ficticia, Kelsen se ajustaba más fielmente a la concepción voluntarista de las normas que habría de abrazar cada vez con más fuerza: si las normas son el sentido objetivo de un acto de voluntad, también detrás de la norma fundamental tendría que haber un acto de voluntad –sólo que en este caso sólo puede tratarse del acto no real de una voluntad fingida.

[22] "La norma fundamental es así la hipótesis necesaria de todo estudio positivista del derecho. Al no haber sido creada según un procedimiento jurídico, no es una norma del derecho positivo; dicha norma no es 'puesta' sino 'supuesta'. Es la hipótesis que permite a la ciencia jurídica considerar al derecho como un sistema de normas válidas. Todas las proposiciones por las cuales esta ciencia describe su objeto están fundadas sobre el supuesto de que la norma fundamental es una norma válida. Pero esto no significa que la ciencia del derecho afirme la validez de la norma fundamental: se limita a declarar que si la norma fundamental es supuesta válida, el establecimiento de la primera constitución y los actos cumplidos conforme a ella tienen la significación de normas válidas" (TP 139)

[23] De forma un poco más prolija: "Utilizando por analogía un concepto de la teoría del conocimiento kantiana, diremos que [la norma fundamental] es la condición lógico-transcendental de los juicios mediante los cuales el sentido subjetivo del acto constituyente y de los actos establecidos de acuerdo con este último son interpretados como su sentido objetivo, y las normas que son el sentido objetivo de dichos actos son interpretadas como normas objetivamente válidas, es decir, obligatorias. El presupuesto de la norma básica es la condición establecida por la ciencia jurídica para analizar estos juicios. Sin ese presupuesto estos juicios no son posibles y tampoco lo son las interpretaciones que resultan de ellos" (COJ 98).

es que la presencia de la doctrina de la norma fundamental indica que Kelsen concibe el sistema jurídico una construcción del pensamiento jurídico. Como condición de posibilidad de la interpretación de ciertos fenómenos *qua* jurídicos, la norma fundamental tiene para el conocimiento jurídico un status lógico-transcendental análogo al que en Kant desempeñan las formas de la percepción y las categorías del entendimiento para el conocimiento empírico: su presuposición hace posible la interpretación normativa de los fenómenos jurídicos. Ahora bien, si Kelsen la caracteriza como una norma hipotética es porque, a diferencia de las formas de la percepción y las categorías del entendimiento, la norma fundamental simplemente *podemos* ponerla. R. Alexy lo ha expresado señalando que la norma fundamental es un presupuesto necesario, y al mismo tiempo posible, del conocimiento jurídico.[24] Es un presupuesto *necesario* porque sin ella no podemos interpretar ciertos fenómenos como fenómenos normativos. Es un presupuesto *posible* porque la interpretación de esos fenómenos como fenómenos normativos es *una* entre varias interpretaciones posibles: junto a la interpretación normativa cabe una interpretación sociológica, psicológica que aborda el derecho, no como un conjunto de normas válidas, sino más bien como un conjunto de hechos susceptibles de ser explicados en términos de causalidad. Si queremos interpretar el derecho en términos normativos, como base de derechos y obligaciones, y no en términos empíricos (v. gr., en términos de intereses y relaciones de fuerza), tenemos que presuponer la validez de la norma fundamental.

(ii) En los sistemas estáticos el contenido de la norma fundamental varía de unos sistemas a otros: en la medida en que valen por su contenido, tiene que haber diferentes normas fundamentales, si es que hay diferentes sistemas estáticos. Es obvio que también en los sistemas dinámicos la norma fundamental ha de variar de un sistema a otro, pues la norma fundamental es el punto de referencia de la identidad del sistema: si hay varios sistemas normativos dinámicos, han de basarse en normas fundamentales diferentes. Pero en todo caso el tenor de todas ellas tiene que ser invariablemente "Debe obedecerse lo que ordene (la autoridad) *a*". Variable de un sistema a otro es quién ocupa en cada caso *a*.

En el caso del derecho, si por 'constitución' entendemos "la norma positiva [...] con la que se regula la producción de normas generales" (RR 228 [232],[25] a es un poder normativo básico al que podemos denominar 'poder constituyente' –un poder que obviamente puede adoptar una cierta variedad

[24] Alexy (1992), pp. 173 ss.

[25] Esto es la constitución en el "sentido jurídico-positivo"; porque en el "sentido lógico jurídico" la constitución es la norma fundamental (RR 202 [206]).

de formas. En diversos lugares Kelsen ofrece dos diferentes formulaciones genéricas de la norma fundamental:

> "La norma fundamental de un orden jurídico prescribe que uno debe comportarse tal como mandan los 'padres' de la constitución y los individuos directa o indirectamente autorizados (delegados) por la constitución. Expresado en la forma de una norma jurídica:[26] los actos coactivos deben realizarse sólo en las condiciones y en la forma determinadas por los 'padres' de la constitución o por los órganos delegados por ellos" (GT 115 s. [135 s.]).[27]

Aunque Kelsen tiende a utilizar indistintamente las dos formulaciones, por razones que pronto serán obvias, considera más precisa la segunda. Entre otras cosas tiene la ventaja de sacar a la luz lo que según Kelsen es un rasgo adicional característico de los sistemas jurídicos: la coactividad. Los sistemas jurídicos son sistemas dinámicos y coactivos; están integrados por normas positivas y coactivas. Siendo el derecho un sistema de normas coactivas, el poder normativo básico al que otorga validez la norma fundamental ha de entenderse como un poder para establecer normas que estipulan actos de coacción: si tomamos la formulación genérica de la norma fundamental de cualquier sistema dinámico 'Debe obedecerse lo que ordene la autoridad *a*", podemos, pues, decir que en los sistemas jurídicos *a* es una autoridad con potestad para establecer normas coactivas (o para organizar un proceso de creación de normas coactivas).

3. Coactividad

3.1. Para Kelsen el derecho es un sistema normativo no sólo dinámico sino también coactivo. Como orden normativo, el derecho no se distingue de la moral por lo que manda, sino por la forma como manda. El derecho es una técnica peculiar de control social que consiste en mandar una conducta castigando la contraria. En este sentido es un orden esencialmente coactivo:

---

[26] Como inmediatamente tendremos ocasión de comprobar, creo que Kelsen se engaña a sí mismo en este punto: si aceptamos su teoría de la norma jurídica, la norma fundamental *no* es realmente una norma jurídica (completa). No lo es, porque, aunque *autoriza* actos coactivos, no *estipula* actos coactivos. La norma fundamental no tiene la estructura característica de la norma jurídica, que enlaza a cierto supuesto de hecho la aplicación de un acto coactivo; se limita a dotar de sentido normativo a los actos de un poder de creación de normas que estipulan sanciones.

[27] Me parece preferible esta formulación, que remite al poder constituyente como poder normativo básico, a la formulación más conocida de Kelsen, que remite inmediatamente a la constitución: *"Dado que es la* norma fundamental de un orden jurídico, es decir, de un orden que estatuye actos coactivos, el enunciado que describe esa norma, el enunciado fundamental *(Grundsalz)* del orden jurídico estatal en cuestión, reza: los actos coactivos deben realizarse bajo las condiciones y del modo que estatuyen la primera constitución histórica del Estado y las normas establecidas de conformidad con ella (en forma abreviada: uno debe comportarse como prescribe la constitución)" (RR 203 s. [208])

> "Otra nota común a los sistemas sociales designados como 'derecho' es que son órdenes coactivos en el sentido de que ante ciertas circunstancias consideradas indeseables, por ser socialmente perjudiciales, especialmente ante una conducta humana de ese tipo, reaccionan con un acto coactivo –esto es: con un mal, como la privación de la vida, de la salud, de la libertad, de bienes económicos y de otro tipo–, con un mal que hay que infligir al afectado aun contra su voluntad, y si fuera necesario aplicando la fuerza física [...] En este sentido los sistemas sociales designados como 'derecho' son órdenes coactivos de la conducta humana. Ordenan una determinada conducta humana enlazando a la conducta contraria un acto coactivo dirigido contra el hombre que así se comporta (o contra sus parientes). Esto es: facultan a un determinado individuo a dirigir contra otro individuo un acto coactivo como sanción [...] Que el derecho sea un orden coactivo quiere decir que sus normas estatuyen actos de coacción atribuibles a la comunidad jurídica...
>
> En tanto que orden coactivo, el derecho se diferencia de otros órdenes sociales. El momento de la coacción [...] es el criterio decisivo" (RR 34 ss. [46 ss.])

Ahora bien, desde que Kant situó la idea de coacción en el centro de la definición del derecho, la tesis de la coactividad –que, por lo demás, es ampliamente compartida– se ha formulado de muy diversas formas. En una versión muy extendida se limita a afirmar que es característico de los sistemas jurídicos contener normas que prevén el uso de la fuerza con el fin de inducir a las personas a cumplir los deberes impuestos por el derecho o castigar su incumplimiento. En ese caso estamos ante una tesis sobre el *sistema* jurídico. Pero la tesis de la coactividad puede entenderse además como una tesis sobre las *normas* jurídicas: la coactividad sería un rasgo esencial de las normas jurídicas. Ahora bien, esta segunda versión de la tesis de la coactividad admite a su vez diversas interpretaciones. Con arreglo a una de ellas es característico de las normas jurídicas estar respaldadas por sanciones coactivas; de lo contrario no son propiamente normas jurídicas, incluso si han sido emitidas por órganos autorizados para crear normas jurídicas. Sustancialmente es ésta, creo yo, la posición de Ihering. Kelsen presenta la tesis de la coactividad del derecho en una versión algo diferente: el sistema jurídico está integrado de forma exhaustiva, no por normas *respaldadas* por sanciones coactivas, sino por normas que *estipulan* sanciones. Una comparación entre la posición de Ihering y la de Kelsen ayudará a percatarse de que la diferencia entre estas dos versiones no es trivial.

Igual que Kelsen, Ihering empieza haciendo de la coacción el rasgo definitorio del derecho: "el derecho es el conjunto de las normas coactivas vigentes en un Estado". Pero inmediatamente la traslada a todas y cada una de las normas jurídicas: "Sólo merecen el nombre de derecho aquellas normas establecidas por la sociedad que tienen tras de sí la coacción, o la coacción estatal, puesto que [...] sólo el Estado tiene el monopolio de la

coacción". Hablando con propiedad, no existen normas jurídicas sin coacción: "una disposición jurídica *(Rechtssatz)* sin la coacción jurídica es una contradicción en sí misma, un fuego que no arde, una luz que no ilumina". La coacción es "el criterio absoluto del derecho", porque es lo que permite distinguir el derecho de otras formas de regulación de la conducta humana: si se suprime del concepto de derecho el elemento de la coacción, "se elimina la nota característica diferenciadora de las normas jurídicas frente a las de la moral y las costumbres, y se amalgaman las tres en una masa indiferenciada, e informe".[28]

Tomada en sus propios términos, esta concepción de la norma jurídica es muy vulnerable: una breve reflexión hace ver que la tesis de que sólo son jurídicas las normas que "tienen tras de sí la coacción" es incompatible con la tesis de que el sistema jurídico está integrado sólo por normas jurídicas. Si aceptamos la visión de Ihering, una norma sólo es jurídica si "tras ella" existe otra norma que ordena aplicar una sanción por el incumplimiento de la primera; pero esa segunda norma sólo será, por su parte, jurídica si existe otra tercera que castiga su incumplimiento –y así sucesivamente, hasta formar una cadena infinita de normas sancionatorias. La tesis de Ihering de que sólo son jurídicas las normas que *van acompañadas* de sanciones parece, pues, conducir a la conclusión de que el sistema jurídico contiene un número infinito de normas. Si no estamos dispuestos a aceptar esta conclusión, que desafía el sentido común, y persistimos en la teoría de Ihering sobre las normas jurídicas, tenemos que admitir que las normas reforzadas mediante sanciones coactivas presuponen al menos alguna norma que no esté reforzada coactivamente. Pero, conforme a la definición, esa norma ya no podría ser jurídica. De modo que, si se afirma que son normas jurídicas aquellas que están reforzadas coactivamente, entonces en el sistema jurídico necesariamente existen normas que no son jurídicas. Kelsen señala este punto con lucidez: "Puesto que el sistema jurídico sólo puede estar compuesto por un número definido de reglas, las normas que prescriben sanciones presuponen normas que no prescriben sanciones" (GT 33).[29] En suma, aceptar la concepción de Ihering sobre las normas jurídicas nos coloca ante una alternativa fatal: o el sistema jurídico contiene un número infinito de normas, o contiene normas que no son jurídicas.

Kelsen, que –como Ihering– quiere defender la tesis de que la coactividad es un rasgo definitorio no sólo del derecho sino de todas y cada una de sus normas, escapa a esa dificultad muy hábilmente: no es que el derecho sea coactivo porque sus normas *están respaldadas* por la fuerza, sino porque

[28] Ihering (1970), vol. l, pp. 320, 322y 325.

[29] Para el argumento del *regressus ad infinitum* vid. también Ross (1958), p. 53.

sus normas *estipulan* el uso de la fuerza; sólo son jurídicas las normas cuyo contenido es una sanción; la sanción no es un refuerzo de la norma sino su contenido:

> "La regla jurídica no es una regla cuya eficacia se asegure mediante otra regla que estipula una sanción, incluso si la eficacia de esa regla no está asegurada mediante otra regla. Una regla es regla jurídica no porque su eficacia esté asegurada por otra regla que establece una sanción; *una regla es regla jurídica porque ella misma establece una sanción. El* problema de la coacción [...] no es el problema de asegurar la eficacia de las reglas, sino el problema del contenido de las reglas. El hecho de que sea imposible asegurar la eficacia de todas las reglas de un orden jurídico mediante reglas que estipulan sanciones no excluye la posibilidad de considerar reglas jurídicas sólo a las reglas que establecen sanciones" (GT 34)

De este modo Kelsen termina erigiendo la coactividad en criterio de individuación de las normas jurídicas: *"todas las normas de un orden jurídico son normas coactivas, es decir, normas que establecen sanciones;* pero entre esas normas las hay cuya eficacia no se asegura mediante otras normas coactivas" (ibid., cursivas mías). Una norma jurídica está completa cuando están enteramente especificadas las condiciones bajo las cuales debe aplicarse una determinada sanción. Las disposiciones que no estipulan sanciones, o no son normas jurídicas, o son meros fragmentos de las normas jurídicas.

3.2. La conversión de la coactividad en criterio de individuación de las normas conduce a Kelsen a emprender una estrategia reduccionista que tiene como primer blanco las normas que imponen deberes. Kelsen despliega esa estrategia en el curso de una discusión a propósito de la distinción entre normas primarias y secundarias.

Anticipándose a muchos, Bentham había distinguido entre "normas primarias" o "principales" y "normas secundarias" o "subsidiarias": las primeras se dirigen a los ciudadanos indicándoles qué deben, qué pueden y que no pueden hacer, las segundas "se emiten en ayuda de las primarias" para asegurar su efectividad[30]. Entre la norma primaria y la secundaria existe

[30] Bentham (1970), § 11. He de advertir que la teoría de Bentham presenta una complicación: Bentham introduce la previsión de una sanción *en* la misma norma primaria. La que él denomina norma principal o primaria contiene dos partes: una parte *directiva,* que expresa la voluntad del legislador a propósito *de la* conducta de los ciudadanos, y una parte *incitativa o sancionatoria,* que expresa la amenaza de una sanción para el caso de incumplimiento. Probablemente Bentham consideraba la norma jurídica como un enunciado disyuntivo del tipo 'Haz x o sufrirás la sanción y'. Pero él mismo parece vacilar, pues en este mismo pasaje dice que "podría considerarse que constituye *una norma y algo más"*. En todo caso, para lo que aquí interesa lo decisivo es que la norma principal tiene como destinatarios los ciudadanos y la norma secundaria ciertos órganos del Estado (fundamentalmente los jueces); y que una manda hacer o no hacer algo, y la otra manda aplicar sanciones.

"una conexión y dependencia muy íntima",[31] porque el incumplimiento de la primera suministra el supuesto de hecho de la segunda. Esa conexión se pone de manifiesto en el hecho de que "siempre hay una persona que se ve concernida en ambas: aquella cuya obediencia se exige por la norma principal y para cuyo castigo en caso de desobediencia se provee mediante la norma secundaria. Esta persona, tras haber sido considerada en la una desde el punto de vista de un agente, es considerada por la otra desde el de un paciente".[32] Pero sin ignorar la conexión interna, Bentham insiste en la distinción: "la norma principal y la subsidiaria son dos normas diferentes, y no partes de la misma norma"[33] Difieren entre sí por los destinatarios y por la materia: la norma primaria se dirige los ciudadanos, mientras que la norma secundaria se dirige a ciertos órganos del Estado; la primera manda hacer o no hacer algo, mientras que la segunda manda aplicar sanciones.

Kelsen subvierte enteramente este planteamiento.[34] Empieza subrayando como rasgo distintivo del derecho el uso regular de la coacción como forma de incitar a los hombres a comportarse de determinadas maneras. Dirigir la conducta mandando, prohibiendo o permitiendo no es algo específico del derecho. Lo característico del derecho es el uso regular de la coacción: "considerado en cuanto a su fin, el derecho aparece como un método específico que permite inducir a los hombres a conducirse de una manera determinada. El aspecto característico de este método consiste en sancionar con un acto coactivo la conducta contraria a la deseada" (TP 72). Sentada esa premisa, Kelsen se apresura a extraer la siguiente conclusión: "una conducta está jurídicamente prescrita *sólo* si la conducta contraria es la condición de una sanción" (TP 76, curs. mías). Si lo característico del derecho es el uso regular de sanciones coactivas, entonces las normas que imponen obligaciones a los ciudadanos no son en sí mismas normas jurídicas a menos que vayan acompañadas de una sanción. Las normas que se limitan a prescribir una conducta no son normas jurídicas, incluso si se encuentran incorporadas a cuerpos normativos jurídicos, sino a lo sumo recomendaciones o deseos del

[31] Bentham (1970), § 17

[32] Ibid.

[33] Bentham (1970), § 12

[34] Cuando Kelsen formula su doctrina sobre las normas secundarias, no lo hace como una respuesta a la doctrina de Bentham, que tal vez desconocía. En realidad no se remite críticamente a ninguna doctrina en particular. De todos modos, su posición deriva de la minuciosa crítica a que había sometido a la teoría de las normas de Karl Binding en el cap. X los *Grundprobleme* de 1911. Para lo que aquí interesa la distinción que establece Bentham entre *primary y secondariy rules* se corresponde *grosso modo* con la distinción que establece Binding entre *Normen y Strafrecthssdtze. Si para* exponer a Kelsen he recurrido a Bentham es por la comodidad que proporciona un uso terminológico afín.

legislador.[35] En otras palabras, si utilizamos la terminología de Bentham, una norma primaria, si no va acompañada de una norma secundaría no es una norma jurídica, y, cuando es una norma jurídica, lo es sólo como fragmento de esa norma secundaria.[36]

Pero una vez sentado ese punto, Kelsen continúa su revisión de la concepción corriente invirtiendo la relación que Bentham había establecido entre lo primario y lo secundario, y cambiando la terminología. Para Bentham las más importantes eran las normas dirigidas a los ciudadanos imponiéndoles determinadas formas de conducta; la norma penal era "subsidiaria" o "secundaria". De forma muy deliberada Kelsen da la vuelta a este uso terminológico: "llamamos norma primaria a la que establece la relación entre el hecho ilícito y la sanción, y norma secundaria a la que prescribe la conducta que permite evitar la sanción" (TP 77).

Hasta aquí podría pensarse que Kelsen seguía atribuyendo a las normas secundarias una cierta entidad propia, aunque sólo como normas incompletas. Pero Kelsen concluye con una tesis más radical: en una exposición rigurosa del derecho las que él denomina normas secundarias son desde el punto de vista lógico estrictamente "superfluas" (GT 61 [71]). Es cierto que el legislador a veces formula normas secundarias y que cuando los juristas describen el derecho de un país suelen hacerlo en términos de normas primarias y secundarias. Pero si se tiene en cuenta que las normas que prescriben conductas sin ir acompañadas de sanciones no son jurídicas, la presencia de esas normas secundarias es problemática: "toda norma jurídica secundaria supone una regla de derecho primaria, sin la cual no tendría ninguna justificación jurídica, y esta regla de derecho primaria contiene todos los elementos necesarios para la descripción de la norma jurídica completa" (TP 77 s.). La norma secundaria es una mera duplicación de lo que la norma primaria contiene en su antecedente: está contenida sin residuos en la norma primaria, y, por consiguiente, es enteramente prescindible –y en realidad *debería* prescindirse de ella en una descripción rigurosa (y no redundante) de un sistema jurídico.

---

[35] "Así, una ley prescribe a todos los ciudadanos celebrar el aniversario de la constitución, pero no prevé ninguna sanción con respecto a aquellos que se abstengan. Al no tener aparejada ninguna consecuencia jurídica la conducta contraria a la prescrita, la ciencia del derecho no puede considerar a dicha ley como una norma jurídica" (TP 77).

[36] "para que una norma pertenezca a la esfera del derecho es necesario que defina la conducta que constituye la condición de una sanción y determine esa sanción; por ejemplo: 'El que no cumple con el servicio militar debe ser condenado a una pena de dos a cinco años de prisión'. Aquí tenemos una norma jurídica completa, que contiene todos los elementos necesarios. Una norma que se limitara a imponer la obligación de hacer el servicio militar sería incompleta, dado que no indicaría cuál es la sanción en caso de violación de esta obligación. Debe ser, por lo tanto, completada para convertirse en una verdadera norma jurídica." (TP íbid.)

Así, pues, hablando con rigor, las normas jurídicas son todas de un solo tipo: normas dirigidas a los jueces (y otros órganos del Estado) estableciendo que en ciertas condiciones deben decretar la ejecución de ciertos actos coactivos. Las normas que Kelsen denomina 'secundarias' están incluidas en normas de ese tipo, y por consiguiente son estrictamente superfluas: establecen, ciertamente, que algo debe ser, pero el deber ser que contienen es un "epifenómeno" (GT 61 [71]) del deber ser de las que Kelsen denomina ahora 'normas primarias'.[37] Desde el punto de vista de la ciencia del derecho, la norma que prohibe matar no es diferente de la norma que castiga el homicidio con una determinada pena; en realidad, si la primera es una norma jurídica, es en la medida en que esté integrada sin residuos en la última. Sólo por razones de conveniencia, para facilitar la exposición, puede justificarse que el legislador formule tanto normas primarias como secundarias y que los juristas describan las normas de un sistema mediante enunciados de ambos tipos.

Sustancialmente idéntica es en principio la posición de A. Ross, quien sin embargo sigue utilizando las expresiones *primario/secundario* al modo convencional. También él distingue entre reglas "primarias (o derecho sustantivo)" y "reglas secundarias (derecho de sanciones)"; las primeras "establecen cómo están obligados los ciudadanos a comportarse", mientras que las segundas especifican "qué sanciones pueden aplicarse a aquellos que violen el derecho sustantivo". ¿Se trata de dos conjuntos de normas, uno dirigido a los ciudadanos y otro dirigido a los jueces? Depende del punto de vista. Desde un punto de vista lógico, no: "sólamente existe un conjunto de reglas, las llamadas `secundarias' [...] Pues [...] las normas primarias no contienen nada que no esté ya implicado en las normas secundarias, mientras que no ocurre otro tanto en caso opuesto". Sólo desde un punto de vista psicológico cabe admitir que hay dos conjuntos de normas: "las reglas dirigidas a los ciudadanos se sienten psicológicamente como entidades independientes que constituyen un fundamento para las reacciones de la autoridad". Esa tesis debía de crear problemas a un 'realista' declarado como Ross, quien, a diferencia de Kelsen, cifra la existencia de las normas no ya en su validez sino en su seguimiento efectivo. Por eso a renglón seguido se

[37] En su teoría de las normas jurídicas Binding pensaba que a partir de las normas penales podíamos obtener normas prescriptivas dirigidas a los ciudadanos: éstas las encontramos "mediante la transformación de la primera parte de nuestras disposiciones penales en una orden" (Binding (1922), vol. 1, p. 45). Por su parte Kelsen insiste en que es inexacto decir que la norma que impone la obligación de cumplir el servicio militar se *deduce* de la que impone un castigo al que no lo cumple. "En realidad hay identidad entre la proposición que afirma que un individuo está jurídicamente obligado a cumplir el servicio militar y la que dice que debe ser sancionado si no lo cumple. La primera expresa exactamente la misma idea que la segunda, *y esa identidad es la consecuencia de nuestra definición del derecho que hemos considerado como un orden coactivo, y de nuestra definición de la regla del derecho, en la cual vemos una proposición según la cual en ciertas condiciones un acto coactivo debe ser ejecutado con carácter de sanción*" (TP 78, las cursivas son mías).

> cree obligado a puntualizar: "si aplicamos nuestra definición de la existencia de una norma, hay que reconocer las normas primarias como normas realmente existentes, en la medida en que sean *seguidas* con regularidad y sentidas como obligatorias. Carece de importancia para la cuestión de la existencia de estas reglas que, además, estén sancionadas por la amenaza de coacción"[38]

En resumen, su interpretación de la tesis de la coactividad conduce a Kelsen no sólo a reformular, sino más bien a liquidar la distinción corriente entre normas primarias (normas que imponen deberes) y secundarias (normas que estipulan sanciones): hablando con rigor *todas* las normas jurídicas son de un solo tipo.[39] Toda norma jurídica obedece al sencillo patrón 'Si se da *x*, debe ser *y*', donde *x* representa un ilícito (la conducta que el legislador quiere evitar) e *y* una sanción. El resto de las disposiciones que puedan presentarse en los textos jurídicos o son fragmentos de las verdaderas normas jurídicas o carecen de significación jurídica.

4. Una caracterización incoherente del derecho

4.1. Esta concepción de la norma jurídica tiene la elegancia de la simplicidad y el atractivo de la economía.[40] Para la elaboración de la teoría pura

---

[38] Ross (1971), pp. 89 s.

[39] El impulso reduccionista arraigó muy pronto en la moderna teoría del derecho. La tesis de que las normas que imponen deberes *son parte* de las normas punitivas estaba ya presente, a su modo, en Hobbes, aunque de forma muy característica él interpretaba las normas que imponen deberes como normas que definen derechos. "La ley *distributiva y* la *vindicativa* no son dos *especies* de leyes sino dos *partes* de la misma ley. Pues si la ley no dice más que, por ejemplo, *será tuyo lo que cogiste con tu red en el mar,* es inútil. Ya que, aunque otro te quite lo que cogiste, eso no impide que siga siendo tuyo; pues en el estado de naturaleza, donde todas las cosas son comunes a todos, lo mismo es *tuyo* que *ajeno [...]* Así, pues, nada hace la ley a menos que se entienda que es *tuyo* de tal modo que a todos los demás se les prohibe impedirte usarlo y disfrutarlo a tu arbitrio todo el tiempo y con seguridad [...] Inútil es la ley que no contiene ambas partes: la que *prohibe* cometer injurias, y la que *castiga* hacerlas. La primera, que se denomina *distributiva,* es *prohibitoria, y* se dirige a todos; la segunda, que se denomina *vindicativa o penal,* es *imperativa [mandatoria], y* sólo se dirige a los funcionarios *[ministros publicos]" (De* Cive 14.7).

[40] Por lo demás esta concepción de la norma jurídica ha tenido un cierto éxito como punto de partida para una interpretación global del fenómeno jurídico. Ése es el caso de A. Ross: "Un sistema jurídico nacional es un cuerpo integrado de reglas que determinan las condiciones bajo las cuales ha de ejercerse la fuerza física contra una persona; el sistema jurídico nacional establece un aparato *(machinery)* de autoridades públicas [...] cuya función es ordenar y llevar a cabo el ejercicio de la fuerza en casos específicos. Expresado con mayor brevedad: un sistema jurídico nacional es el conjunto de reglas para el establecimiento y funcionamiento del aparato de fuerza del Estado" (Ross (1958), p. 34.) En sentido parecido se había expresado ya K. Olivecrona: "No es posible sostener que el derecho [...] está garantizado o protegido por la fuerza. La verdadera situación es que el derecho –el cuerpo de normas resumido en el concepto de derecho– consiste principalmente en normas *concernientes* a la fuerza, normas que contienen cánones de conducta para el ejercicio de la fuerza. Debe tenerse presente, desde luego, que al mismo tiempo las normas contienen cánones de conducta para los ciudadanos privados. Pero

ha resultado además extraordinariamente fecunda, porque proporciona a Kelsen el punto de partida para ejecutar un ambicioso proyecto de reconstrucción del aparato conceptual básico de la ciencia jurídica mediante una regulación terminológica que pretende ser coherente y libre de presupuestos externos –una reconstrucción, además, que lejos de someterse acríticamente a las interpretaciones corrientes de los términos jurídicos, nos fuerza a revisar usos lingüísticos fuertemente arraigados entre los juristas. Lamentablemente esa reconstrucción conceptual no está libre de problemas.[41] Hace tiempo que Hart, entre otros, mostró de forma persuasiva que tropieza con dificultades insuperables porque no permite hacer distinciones relevantes. Y precisamente detectó el origen de esa falla en la pretensión kelseniana de reducir a un único modelo la variedad de las normas jurídicas.[42] Por mi parte, argumentando con Kelsen contra Kelsen, me gustaría señalar que, entendida como tesis sobre el criterio de individuación de las normas jurídicas, la tesis de la coactividad del derecho es incompatible con la caracterización del derecho como sistema dinámico –lo que es otra forma de decir que la teoría kelseniana de la *norma* jurídica es incompatible con su teoría del *sistema* jurídico.

Por una parte, Kelsen sostiene que el derecho es un sistema normativo dinámico, lo cual significa que las normas del sistema están conectadas entre sí por actos de creación normativa (que son al mismo tiempo actos de aplicación de normas precedentes). Ahora bien, los actos de creación de normas no son hechos brutos, sino hechos institucionales, resultado de la operación de normas que confieren potestades. Por eso la idea misma de

---

estos cánones o reglas son sólamente otro aspecto de las normas sobre el uso de la fuerza, y estas normas son el factor decisivo" (Olivecrona (1959), pp. 103 s.)

[41] Particularmente discutible es la interpretación kelseniana del concepto de deber jurídico. Cfr. entre nosotros Delgado Pinto (1978) y Delgado Pinto (1990).

[42] Hart llama la atención sobre el hecho de que la concepción kelseniana impide diferenciar una multa por un delito y el pago de un impuesto por una actividad económica: "la sanción por un delito, tal como una multa, no es lo mismo que un impuesto a cierta actividad, aunque en ambos casos haya de por medio directivas a funcionarios para infligir el mismo daño patrimonial. Lo que distingue estas ideas es que la primera, a diferencia de la segunda, implica el incumplimiento de un deber, en la forma de una violación de una regla establecida como guía para la conducta de los ciudadanos ordinarios" (Hart (1992), pp. 49 s.). El prof. Delgado Pinto me señala que esta tesis viene de antes. Poco antes había sido enunciada, de forma algo confusa, en *Towards a realistic Jurisprudence* de 1946 (trad. Ross (1961); vid. pp. 189-91) por A. Ross, quien vuelve sobre ella en Ross (1971), p. 86. Pero en realidad se remonta más atrás en el tiempo. En el marco de una crítica a la teoría kelseniana de la norma jurídica, John Finnis, enlazando precisamente con Hart, reitera que sin presuponer directrices imponiendo obligaciones a los individuos se suprime la distinción básica entre un impuesto y una pena, y a continuación indica que éste es un punto ya señaladado en la escolástica por los críticos a las teorías de la ley meramente penal, remitiéndose a Domingo de Soto *(De iustitia et jure, 1,* q. 6, a. 5) y Luis de Molina *(De iustititia et jure, 3,* tr. 2, dise. 674) (Vid. J. Finnis (2000), p. 353)

sistema normativo dinámico presupone la existencia de normas que confieran potestades creativas (v. gr. potestades legislativas). En pocas palabras, el carácter dinámico del sistema requiere la presencia de 'normas dinámicas', que hagan posible el cambio normativo. Pero, *por otra parte,* si aceptamos la teoría kelseniana de las normas jurídicas, tenemos que admitir que las normas dinámicas *no* son normas jurídicas, ya que se limitan a establecer las condiciones necesarias y suficientes para realizar válidamente actos que cambian la situación normativa existente: son, si acaso, fragmentos de las verdaderas normas jurídicas, esto es, de las normas que estipulan sanciones, y sólo adquieren la condición de norma jurídica en el momento en que se produce la conexión con ellas. Kelsen es explícito: la constitución, norma dinámica por excelencia, y el resto de las demás normas dinámicas, sólo son derecho en la medida en que se las pueda considerar parte integrante del supuesto de hecho de las normas que estipulan sanciones:

> "Las normas de la constitución que regulan la creación de las normas generales que han de aplicar los tribunales y otros órganos de aplicación del derecho, no son [...] normas completas e independientes. Son partes integrantes *(intrinsic)* de todas las normas jurídicas que tienen que aplicar los tribunales y demás órganos. [...] *Las normas de la constitución material son derecho sólo en su conexión orgánica con aquellas normas sancionatorias que son creadas en base a ellas.* Lo que, desde un punto de vista dinámico es la creación de una norma general determinada por otra superior, la constitución, desde el punto de vista estático resulta ser una de las condiciones a las que la sanción es enlazada como consecuencia en la norma general (que, desde el punto de vista dinámico, es la norma inferior en relación con la constitución). En una presentación estática del derecho, las normas superiores que integran la constitución están, por así decirlo, *proyectadas, como partes,* en las normas inferiores" (GT 143 s. [170], curs. mías).

Como se ve, la estrategia reduccionista emprendida por Kelsen no se detiene en las normas que imponen deberes: se extiende también a las normas que confieren potestades, que son las que hacen posible el cambio normativo, y por consiguiente el dinamismo del sistema. Esto nos obliga a echar una nueva mirada sobre la fórmula canónica de la norma jurídica kelseniana. Como he dicho, según Kelsen las normas jurídicas se ajustan todas al modelo simple 'Si se da *x*, debe ser *y*' donde *x* es un ilícito e *y* una sanción.[43] Sólo que el antecedente de esa proposición es, en todos los casos,

[43] He de advertir que esta forma de hablar simplifica la concepción de Kelsen en un punto. Hablando con rigor, *x* puede ser un acto ilícito o bien un hecho (v. gr. una enfermedad contagiosa, una catástrofe natural etc.) que el legislador establece como condición para la realización válida de ciertos actos coactivos (v. gr. una cuarentena). En este segundo caso, y no representa tampoco una sanción (vid. PR 114 [123]). Por lo demás, cuando *y* representa una sanción, puede adoptar la forma de una pena (sanción penal) o de un acto de ejecución (sanción civil). En todo caso, decisivo para la estructura de la norma jurídica es que en ella se enlazan mediante el

de una complejidad infinitamente mayor de lo que permite sospechar esa sencilla fórmula,[44] porque en el supuesto de hecho de cada una de las normas kelsenianas tienen que "proyectarse" no sólo las 'normas' que establecen los deberes cuyo incumplimiento es objeto de sanción sino además las 'normas' que confieren potestades para crear y aplicar las normas.[45] Kelsen mismo señala: "Si suponemos una constitución de acuerdo con la cual las normas jurídicas generales pueden ser creadas sólo mediante decisiones de un parlamento elegido de una determinada forma, entonces la norma que hace punible el robo tendría que formularse así: 'Si el parlamento ha resuelto que los ladrones sean castigados y el tribunal competente ha establecido que determinado individuo ha robado, entonces...'" (GT 143 [170]).

La formulación inicial de la norma kelseniana es sencilla, y en su sencillez reside buena parte de su atractivo. Pero a medida que, para dar satisfacción al deseo de uniformidad, Kelsen se ve obligado a introducir en el antecedente cada vez más ingredientes, la fórmula pierde progresivamente plausibilidad. Para captar el verdadero alcance de la concepción kelseniana no estará tal vez de más advertir que la enunciación algo más compleja que Kelsen nos transmite ahora es todavía extraordinariamente simplificada. Refiriéndose al derecho argentino, C. Nino propuso el siguiente ejemplo "sobresimplificado" de norma jurídica kelseniana:

> "Si la mayoría simple de un cuerpo integrado por los representantes electos del pueblo ha establecido un enunciado que dice 'el que mata a otro será castigado con prisión de 8 a 25 años'; si otro cuerpo integrado por los representantes de las provincias ha formulado un enunciado similar; si un funcionario elegido

---

nexo de la imputación ciertos hechos o actos a ciertos actos de coacción. Aunque en adelante, para simplificar, seguiré hablando –-como suele hacer el mismo Kelsen– de actos ilícitos y sanciones, debe tenerse presente esta puntualización.

[44] Kelsen se cuida de advertimos de que "el supuesto de hecho condicionarte no es necesariamente un acto unitario, sino que puede estar muy articulado y escalonado (si *a* y *b* y *c* etc., entonces debe ser z)"; de modo que el supuesto de hecho condicionarte puede considerarse "como una cadena de condiciones previas y consecuencias" y el acto coactivo como "la última consecuencia" en la que desemboca "toda esa cadena de condiciones [...] el último compás en el ritmo de la dinámica jurídica" (AS 51 [83 s.])

[45] La tesis de que las disposiciones jurídicas que confieren potestades son fragmentos de normas sancionatorias es relativamente temprana en Kelsen. Aparece formulada ya con toda nitidez en el cap. 21 de los *Hauptprobleme* de 1911, al hilo de una discusión de la doctrina administrativista sobre las llamadas 'normas de organización': "Estas disposiciones –concluye Kelsen– sólo contienen una parte de aquellos elementos que figuran entre las partes esenciales integrantes de la norma jurídica Pues se limitan a estatuir las condiciones de una voluntad del Estado, no esa voluntad misma. Son –si se me permite el término– normas jurídicas incompletas o partes integrantes de ellas. Sólo unidas a las disposiciones penales disciplinarias forman normas jurídicas y estatuyen deberes jurídicos; del mismo modo que las disposiciones del código civil sólo constituyen normas jurídicas y regulan deberes jurídicos unidas a las prescripciones de ejecución en que se estatuyen las consecuencias del ilícito civil" (HP 566 [492])

por el cuerpo electoral lo ha promulgado y hecho publicar; si alguien ha matado; si un funcionario lo ha acusado ante otro designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado con la función de resolver este tipo de asuntos; si el acusado ha prestado declaración indagatoria y un abogado elegido por él lo ha defendido; si se dio oportunidad para que se ofrezcan pruebas; si tales pruebas son suficientes según determinados criterios; si el hecho no se produjo en legítima defensa, o por error etc.; si se da todo eso, el acusado debe ser condenado por el juez a cumplir entre 8 y 25 años de prisión".[46]

La formidable complejidad de ese enunciado no debería ser una razón para abandonar la teoría kelseniana de la norma jurídica. Cualquier teoría sobre las normas jurídicas debe asumir que no existe una correspondencia necesaria entre las *disposiciones* que se encuentran en los textos jurídicos y las *normas* contenidas en ellos, de modo que cada norma ha de reconstruirse a partir de un proceso de interpretación del material jurídico[47]. Sin una teoría sobre la individuación de las normas jurídicas no es, pues, posible un juicio enteramente satisfactorio de la propuesta kelseniana. Pero incluso sin esa teoría no es difícil, creo yo, persuadirse de la implausibilidad de la propuesta kelseniana.

Kelsen empieza afirmando que todas las normas jurídicas pueden formularse en enunciados hipotéticos que enlazan una sanción a un hecho ilícito. Ahora bien, si se observa la reformulación que él mismo ofrece ahora de la norma que castiga el robo, resulta que el hecho de que el Parlamento haya promulgado una determinada norma y el hecho de que un tribunal haya dictado una determinada sentencia terminan pasando a formar parte de la descripción del hecho ilícito mismo. Pero con eso se incluyen en la definición del hecho ilícito las condiciones mismas de producción (y, por tanto, de validez) de esa definición y las condiciones de aplicación de esa definición a un caso. Ésa es, creo yo, una forma sorprendente de definir un

---

[46] Nino (1983), p. 86. Para percatarse de que, en efecto, se trata de un ejemplo hipersimplificado basta pensar en las complicaciones laberínticas que habría que introducir si, en lugar de una norma que castiga un homicidio (que a fin de cuentas es un hecho bruto), quisiéramos expresar en los términos kelsenianos una norma que castiga la infracción de las obligaciones derivadas de un acto jurídico: v. gr. de las obligaciones del socio gestor de una sociedad civil.

[47] Vid. a este respecto el iluminador análisis de Guastini (1990), cap. 1, y Guastini (1993) cap. 2 de la segunda parte. Hace más de dos siglos Bentham, tal vez el primero en plantear expresamente el llamado 'problema de la individuación de las normas', llamó la atención sobre el hecho de que a menudo tropezamos con "no sólo capítulos enteros, sino volúmenes enteros, y además volúmenes dotados de autoridad *(authoritative),* en los que no se encuentra, desde el comienzo hasta el final, ni siquiera una sílaba que insinúe un castigo, y que sin embargo están llenos de materia variada que se denomina derecho". Y se apresuró a aportar una explicación: "La causa de esto no es ni más ni menos que la siguiente: la falta de coincidencia o conformidad entre la disposición tipográfica y la lógica; entre el orden de las ideas sobre las que versan las diversas leyes en cuestión, y el orden de los signos que empleamos para expresarlas" (Bentham (1970) pp. 1% s.).

hecho ilícito. Pero obsérvese además que Kelsen se ve obligado a formular como hipótesis lo que es un hecho real de legislación, proporcionándonos una visión enteramente implausible de una norma. Tiene perfecto sentido decir 'En el derecho español existe una norma según la cual `Si alguien roba, deberá ser castigado con la pena de prisión': la sanción de privación de libertad está prevista para el caso hipotético de que alguien cometa robo'. En cambio, desafía el sentido común la afirmación 'En derecho español existe una norma según la cual `Si el Parlamento ha resuelto que los ladrones sean castigados...'; porque si en un sistema jurídico está tipificado el delito de robo no es en virtud de la *hipótesis* de que el Parlamento *pudiera haber* decretado algo, sino porque *de hecho* el Parlamento así lo decidió.[48]

Si la formulación kelseniana de la norma jurídica resulta implausible es porque en ella colapsa la estructura misma del sistema jurídico como sistema dinámico. Un sistema normativo kelseniano es un conjunto unificado de cadenas de validez. Entre las normas del sistema existen relaciones de validación, que en un sistema dinámico están articuladas mediante actos de aplicación de normas que al mismo tiempo son actos de producción normativa. Pero desde el momento en que en el supuesto de hecho de una norma están incluidas las condiciones de creación y aplicación de la misma, se produce una drástica transformación del sentido de las cadenas de validez: una vez que aplicamos la teoría kelsemana de la norma, las relaciones jerárquicas entre normas desaparecen, fundiéndose en el supuesto de hecho de cada una de ellas, y los eslabones y las conexiones en cadena en lugar de representar normas y relaciones dinámicas entre normas pasan a representar fragmentos de normas y relaciones de contenido entre fragmentos. Las relaciones de validación desaparecen y la idea kelseniana de sistema se viene abajo.

Cuando Kelsen quiere ilustrar el modo como las normas están conectadas entre sí mediante relaciones de validación en un sistema dinámico, recurre al siguiente ejemplo. "Tomemos el ejemplo de la coacción ejercida por un individuo sobre otro cuando lo priva de su libertad encarcelándolo. ¿Por qué esta coacción es un acto jurídico que pertenece a un orden jurídico determinado? Porque está prescrita por una norma individual establecida por un tribunal. Esta norma es válida porque ha sido creada conforme al código penal. A su vez la validez del código penal resulta de la constitución del Estado, que establece el procedimiento para la formación de las leyes

[48] En este punto J. Raz ha señalado con agudeza que Kelsen pasa por alto el hecho de que para afirmar la existencia de una ley penal contra el robo no basta decir 'Si el Parlamento ha decidido que los ladrones sean castigados...'; es necesario afirmar que el Parlamento realmente ha decidido que los ladrones sean catigados... Pero cuando se formula de este modo, se ve la norma kelseniana como lo que realmente es –no una norma sino un grupo de normas diferentes" (Hart (1970), p.118).

y señala el órgano competente" (TP 137 s.).[49] Ahora bien, cuando quiere integrar las normas dinámicas en su teoría de la norma jurídica, reinterpreta el mismo ejemplo en los términos que ya conocemos: "'Si el parlamento ha resuelto que los ladrones sean castigados y el tribunal competente ha establecido que determinado individuo ha robado, entonces...'" (GT 143 [170]). Lo que antes se presentaba como una cadena de normas entre las cuales hay relaciones de validez, ahora se presenta como una conjunción de enunciados que integran el antecedente de una norma penal.

Para ilustrar la situación, tomemos la figura 7, que ofrece una representación de un sistema normativo (en la que, para simplificar, he prescindido de representar los actos de producción normativa que median entre las normas).

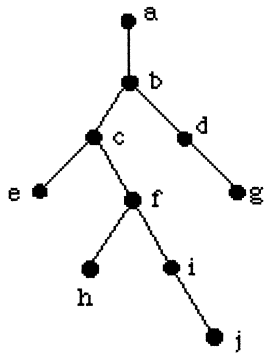

Fig. 7

Aparentemente estamos ante un sistema que unifica, a partir de la norma a, diez normas de diferente rango, conectadas entre sí mediante relaciones de validación. Pero si suponemos que sólo e, h, j y g estipulan actos coactivos, entonces sólo tenemos realmente las cuatro normas siguientes:

(1) a — b — c — e

(2) a — b — c — f — h

(3) a — b — c — f — i — j

(4) a — b — d — g

Ninguna de nuestras diez disposiciones es realmente una norma. Todas ellas no son sino fragmentos de normas que entran –en diversas combinaciones– en la composición de las cuatro normas descritas. Lo que aparentemente eran cuatro cadenas de normas con un origen común, resulta ser en realidad cuatro normas que comparten partes variables de su contenido. La interpretación inicial del diagrama arborescente se transforma de forma decisiva.

[49] Para una presentación algo más compleja de ese mismo ejemplo vid. RR 202 ss. [207 s.]

Toda norma que no estipule una sanción es sólo un fragmento del antecedente de una norma que estipula una sanción: "de ello se sigue que cada cadena de validez representa una sola norma. Las líneas que representan una cadena de validez corresponden a partes de la norma representada por la cadena de validez de la norma en su conjunto".[50] Pero esto termina siendo catastrófico para la concepción kelseniana del derecho como un conjunto de normas relacionadas sistemáticamente por el nexo 'acto de creación-aplicación'.

4.2. En el último epígrafe del cap. primero de la segunda edición de la *Reine Rechtslehre,* Kelsen parece modificar su concepción reduccionista inicial sobre las normas jurídicas, tal como había quedado formulada en la primera edición de esa misma obra y en la *Teoría General del Derecho y del Estado.* Ahora sustituye la idea de normas incompletas o fragmentos de normas por la idea, algo diferente, de normas *que no son independientes (unselbstdndige Recthsnormen);* y en lugar de afirmar que un sistema jurídico está integrado sólo por normas que estipulan actos coactivos, admite que junto a normas de ese tipo existen otras normas jurídicas, que, sin embargo, no son independientes de aquéllas, porque están "esencialmente ligadas" a ellas (RR 55 ss. [67 ss.]). Sin indicar si se trata o no de un catálogo exhaustivo, Kelsen ofrece la siguiente relación de normas jurídicas no independientes: 1) las normas que él denomina 'secundarias', es decir, aquellas que se limitan a prescribir determinadas formas de conducta; 2) las normas permisivas; 3) las normas derogatorias; 4) las definiciones legales y las disposiciones aclaratorias; finalmente, y más interesante en este contexto, 5) las normas facultativas, es decir, aquellas "que confieren a los individuos un poder jurídico, es decir, un poder para producir normas".

La imagen que parece emerger ahora del sistema jurídico es algo más compleja, y parece ofrecer una visión más plausible del modo como la coacción se integra en la noción de sistema jurídico: "... un orden jurídico, aunque de ninguna manera todas sus normas estatuyan actos coactivos, puede sin embargo ser caracterizado como un orden coactivo, en la medida en que todas las normas que por sí mismas no estatuyen un acto coactivo, y que, por consiguiente, no mandan, sino que facultan o permiten positivamente el establecimiento de normas, son normas no independientes, puesto que sólo valen en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo" (RR 59 [70]).

Parece como si Kelsen se hubiera decidido a revisar su interpretación inicial de la tesis de la coactividad: en lugar de una tesis sobre las normas jurídicas, lo que tendríamos ahora es una tesis sobre el *sistema* jurídico, en-

[50] Raz (1970), p.113.

tendido como un conjunto de normas que, o bien estipulan actos coactivos, o bien de forma más próxima o más remota están relacionadas con normas de ese tipo. En este sentido C. Alchourrón y E. Bulygin han saludado esta rectificación de Kelsen viendo en ella "el abandono de su pretensión de dar una definición de norma jurídica de tal modo que la característica distintiva del derecho en general sea la característica distintiva de todas y cada una de las normas jurídicas y que el orden jurídico se defina a partir de la norma jurídica [...] La teoría de las normas no independientes implica, pues, renunciar a la definición del derecho en el nivel de la norma jurídica para sustituirla por una definición en el nivel del orden o sistema".[51] Por mi parte, no estoy seguro de que estemos ante una rectificación sustancial, que vaya más allá de un cambio en la forma de expresión.

Kelsen hace un planteamiento confuso. Para empezar, abandonándose a un uso corriente y poco preciso del término 'norma', que oculta distinciones cruciales, incluye en el catálogo de normas disposiciones jurídicas que carecen propiamente de contenido normativo.[52] Un tratamiento un poco más diferenciado habría podido ser un primer movimiento para deshacer la idea de que el derecho está integrado únicamente por normas.

Pero además, y más importante, Kelsen no aclara qué significa que las normas que estipulan sanciones son 'independientes'. Todo lo que dice al respecto es que algunas normas no son independientes "puesto que *sólo valen* en conexión con una norma que estatuye un acto coactivo", de lo cual cabe inferir que las normas 'independientes' *valen* por sí mismas, sin requerir la conexión con ninguna otra norma. Pero la utilización de la idea de validez en este contexto resulta desconcertante –tanto desde el lado de las normas independientes como de las que no lo son. Empezando por las 'normas no independientes', piénsese, por ejemplo, en las normas que confieren potestades para producir normas. ¿Tiene sentido decir que sólo valen –es decir, existen– en conexión con aquellas normas penales que han sido creadas en aplicación de ellas, cuando precisamente el hecho de haber sido creadas de ese modo forma parte de las condiciones de validez de esas normas penales? ¿Las normas de la constitución que invisten de poder legislativo a determinadas personas no valen mientras no ha sido aprobado el código penal? Los interrogantes son tal vez más graves en lo se refiere a las normas que estipulan sanciones, que son el único caso de 'normas indepen-

[51] Alchourrón/Bulygin (1975), pp. 105 s.

[52] Como se señala en Alchourrón/Bulygin (1975), pp. 106 s., éste es el caso de las 'normas' derogatorias y las definiciones legales: las primeras son más bien actos normativos, realizados en el uso de potestades de producción de normas, la segundas establecen reglas lingüísticas, pero no propiamente normas de conducta.

dientes'. ¿Hemos de entender que la validez de esas normas no descansa en su conexión con ninguna otra norma del sistema? Pero si, como sabemos, la integración de las normas en un sistema se basa en relaciones de validación, ¿en qué sentido podemos decir que las normas independientes integran un sistema? La idea kelseniana de normas independientes parece justificar la opinión de J. Raz de que para Kelsen "toda norma es una entidad independiente y autocontenida, que no mantiene ninguna relación necesaria con ninguna otra norma".[53] Pero eso entra en colisión con la idea kelseniana de sistema jurídico, porque, tal como Kelsen lo concibe, en un sistema jurídico (en realidad en cualquier sistema normativo) no puede haber más norma independiente que la norma fundamental: cualquier otra norma independiente no forma parte de esa unidad que llamamos 'sistema'.

Confusa termina siendo, finalmente, su concepción sobre la estructura de las normas independientes. A este respecto es significativo que cuando aclara en qué sentido las normas facultativas (que son precisamente las normas que permiten el dinamismo del sistema) no son normas independientes, parece seguir aferrándose a la idea de que han de considerarse incluidas en el antecedente de las normas que estipulan sanciones. En efecto, reiterando una fórmula que ya nos es conocida, afirma que el "enunciado jurídico" que describe la existencia de una norma que castiga el robo con pena de prisión debemos reconstruirlo en los siguientes términos: "Si los individuos facultados para legislar ha establecido una norma general según la cual quien haya cometido robo debe ser castigado de un determinado modo, y si el tribunal facultado para ello en el sistema procesal penal ha verificado, en un procedimiento determinado por el sistema procesal penal, que un determinado hombre ha cometido robo, y si ese tribunal ha dispuesto la pena legalemente establecida, entonces un órgano determinado debe ejecutar esa pena" (RR 57 s. [69]). Esto, dice Kelsen, mostraría que las normas facultativas incluidas en la constitución y en la legislación procesal penal "son normas no independientes, puesto que sólo determinan condiciones bajo las cuales han de ejecutarse las sanciones penales" (ibid.) –en suma, han de considerarse fragmentos de la norma penal, cuya enunciación sólo está completa cuando aquellas son reintegradas al supuesto de hecho.

En resumen, al formular la idea de 'normas no independientes' Kelsen *parece* avanzar un paso hacia el abandono de su teoría inicial sobre las normas jurídicas; pero en realidad sigue sometido a constricciones intelectuales demasiado profundas que terminan haciendo de la rectificación poco más que un cambio de terminología.

[53] Raz (1970), p. 114.

4.3. De esta exploración se desprende que en la teoría pura del derecho 'dinamismo' y 'coactividad' no entran de forma conjuntiva en una caracterización única del derecho como sistema normativo. En realidad pertenecen a dos definiciones diferentes del derecho. La primera caracteriza el derecho como sistema, y por cierto como un sistema que regula su propio proceso de creación y aplicación; la segunda lo caracteriza como un conjunto de normas de un tipo específico. Para la primera son decisivas las formas específicas como están relacionadas las normas; en la segunda esas relaciones entre normas son enteramente irrelevantes. En realidad, en una y otra definición 'norma' entra en un sentido bien diferente.

Kelsen se hace cargo de esta situación cuando distingue entre un "concepto dinámico" y un "concepto estático" del derecho, en un pasaje muy revelador, que merece ser citado in *extenso:*

> "Si se contempla el orden jurídico desde el punto de vista dinámico [...], parece posible definir el concepto de derecho de un modo enteramente diferente de aquel en que hemos intentado definirlo. En particular, parece posible ignorar el elemento de la coacción al definir el concepto de derecho.
>
> ... Este concepto dinámico difiere del concepto del derecho como norma coercitiva. Con arreglo al concepto dinámico, el derecho es algo creado a través de un determinado proceso, y todo lo creado de esa manera es derecho. *Este concepto dinámico, sin embargo, sólo aparentemente es un concepto de derecho.* No contiene respuesta alguna a la pregunta sobre la *esencia del* derecho, y sobre el criterio para distinguir el derecho de otras normas sociales. Este concepto dinámico sólo ofrece una respuesta a la pregunta de si, y por qué, una determinada norma pertenece a un sistema de normas jurídicas válidas, o forma parte de un determinado orden jurídico. Y la respuesta es que una norma pertenece a un orden jurídico determinado, si es creada de acuerdo con un procedimiento prescrito por la constitución fundamental de ese orden jurídico" (GT 122 [144]; cursivas mías).

Kelsen introduce esta distinción con la intención de explicar por qué no todo lo producido por los órganos de creación de derecho puede ser catalogado como jurídico: del proceso creador de derecho pueden resultar "productos no jurídicos". La ley, como producto del proceso de creación de derecho, es "un documento que contiene palabras, frases", pero "no necesariamente todo lo expresado por esas frases es una norma" (GT 123 [145]). Lo que desde el punto de vista dinámico puede catalogarse como jurídico, puede quedar descartado una vez que se adopta el punto de vista estático.[54] Los mandatos que emite el legislador sin prever una sanción por

[54] "Si por el término 'derecho' se entiende algo que pertenece a un determinado orden jurídico, entonces es derecho todo lo que ha sido creado de acuerdo con el procedimiento prescrito por la constitución fundamental de ese orden. Esto no significa, sin embargo, que todo lo que ha sido creado de acuerdo con ese procedimiento sea derecho, en el sentido de una norma jurídica.

su violación quedan fuera del concepto estático de derecho, por más que hayan sido establecidos mediante los procedimientos regulares de producción de derecho. Kelsen no menciona que también quedan fuera las reglas que organizan los procesos de creación y aplicación del derecho, excepto en la medida en que, por la vía tortuosa que ya conocemos, podamos introducirlas en el antecedente de las normas jurídicas kelsenianas.

Estos dos 'conceptos' de derecho no representan simplemente puntos de vista diferentes y complementarios. En realidad son dos concepciones mutuamente excluyentes. Con las entidades identificadas mediante el concepto 'estático' no podemos construir el objeto que conceptuamos desde el punto de vista 'dinámico': cada una de ellas contiene ya, fundidas, las piezas móviles con las que habría que articular paso a paso ese objeto que denominamos 'sistema jurídico'.

El pasaje que acabamos de acotar es particularmente interesante, porque permite apreciar el peso que Kelsen termina atribuyendo a dinamismo y coactividad en la definición del derecho. Una lectura atenta revela que Kelsen no considera el concepto estático y el concepto dinámico ni como complementarios ni como alternativos. Sorprendentemente, después de todos los esfuerzos desplegados en la teoría pura para caracterizar el derecho como un sistema normativo que regula su propio proceso de producción y aplicación, después de sus interesantes consideraciones sobre la forma peculiar como se articulan las relaciones de validación entre las normas jurídicas y sobre la estructura escalonada del ordenamiento jurídico, Kelsen no vacila en afirmar que el concepto dinámico es un concepto de derecho "sólo aparentemente"; que realmente no lo es, porque no da respuesta a la pregunta por la "esencia del derecho", y por consiguiente no nos proporciona un "criterio para distinguir el derecho de otras normas sociales". En suma, mucho de lo que apreciamos como aportación kelseniana a nuestra comprensión del derecho queda expulsado por Kelsen de la definición de derecho como inesencial.

Probablemente la idea de dinamismo es más iluminadora que la de la coactividad; nos instruye más sobre la estructura interna del fenómeno y sobre las diferencias con otros fenómenos normativos. Pero en realidad no tenemos por qué aceptar la alternativa 'o dinamismo o coactividad'. Kelsen se enreda en dificultades de forma gratuita. Debidamente interpretadas, la tesis del dinamismo y la de la coactividad son perfectamente compatibles. La incompatibilidad se produce más bien cuando, mediante una interpretación particularmente fuerte de la tesis de la coactividad del derecho, se

---

Sólo es una norma jurídica si se propone regular la conducta humana, y si regula la conducta humana disponiendo un acto coercitivo como sanción" (GT 123 [145])

quiere trasladar la propiedad de la coactividad desde el *sistema* jurídico a todas las *normas* del sistema, erigiéndola en criterio de individuación de las normas jurídicas. Esa traslación se basa en el argumento de que si un sistema tiene las propiedades a, b y c, todos los elementos que lo integran tienen que tener precisamente las propiedades a, b, y c. Pero ése es un argumento sofístico. No es contradictorio afirmar, por un lado, que el derecho es un sistema coactivo porque prevé el uso regular de sanciones coactivas, advirtiendo, por otro, que no todas las normas del sistema estipulan sanciones coactivas. En ningún momento ha formulado Kelsen de forma tan inequívoca el *protón pseudós* de su teoría de la norma jurídica como en la *Allgemeine Staatslehre* de 1925: "El orden jurídico es un sistema de normas jurídicas [...] Aquí debe investigarse la naturaleza del todo, tal como se refleja en sus partes. *Pues cada norma jurídica, para serlo, tiene que expresar la naturaleza del Derecho como un todo.* Y si el Derecho es un orden coactivo, cada norma jurídica es entonces una norma que dispone la coacción" (AS 47 [78]).

Al expresarse así Kelsen incurre en la falacia de la división, que consiste en atribuir las propiedades de un todo a cada una de sus partes integrantes.[55] La suposición de que cada norma jurídica tiene que expresar la naturaleza del derecho como un todo, permite definir el derecho definiendo una norma jurídica. Pero eso choca frontalmente con la tesis kelseniana de que "es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a la regla individual aislada", de modo que "sólo sobre la base de una clara comprensión de las relaciones que constituyen un orden jurídico, puede entenderse plenamente la naturaleza del derecho" (GT 3 [3]).[56]

Desde el momento en que erige la coactividad en criterio de individuación de las normas, Kelsen se enreda en problemas. Porque, bien considerado, el sistema jurídico kelseniano no puede construirse con las normas jurídicas kelsenianas: entre las normas jurídicas kelsenianas no pueden darse las relaciones de validación que son características de un sistema dinámico

---

[55] Discutiendo la concepción de la norma jurídica de John Austin, Kelsen vuelve a incurrir en el mismo sofisma: "Habiendo comprendido que la sanción es un elemento esencial del derecho, [Austin] debería haber definido la regla jurídica genuina como un 'mandato' que estipula una sanción. El no haberlo hecho lo enredó en contradicciones" (GT 62 s. [73]).

[56] No deja de ser sorprendente que Kelsen, que, como hemos visto, comienza su *Teoría General del Derecho y del Estado* con la afirmación enfática de que "el derecho no es, como a veces se dice, una regla" y que "es imposible captar la naturaleza del derecho si limitamos nuestra atención a la regla individual aislada" (GT 3 [3]), en esa misma obra, tras introducir su distinción entre un concepto estático y un concepto dinámico del derecho, afirme que el concepto dinámico "difiere del *concepto del derecho como norma* coercitiva" (GT 122 [144], curs. mías), y que no capta la esencia del derecho. En realidad Kelsen presenta la idea *coactividad* de modo que ella sola basta para diferenciar el derecho, sin necesidad de requerir para nada la idea de sistema.

(peor aún, no pueden darse, en general, relaciones sistemáticas). La teoría kelseniana del derecho como un sistema normativo dinámico es, pues, una razón para abandonar la teoría kelseniana sobre la estructura uniforme de las normas jurídicas.

5. Coda

Por razones de conveniencia, al exponer la visión kelseniana sobre dinamismo y coactividad como rasgos característicos del derecho he invertido el orden cronológico en el que entran en el proceso de formación del pensamiento de nuestro autor. Permítaseme una apretadísima indicación final.

Subrayar la importancia de la *coactividad* para la caracterización del derecho forma parte de los empeños primeros de Kelsen: constituye uno de los temas centrales de su primera gran obra, los *Hauptprobleme* de 1911. Esa obra responde a un intento muy ambicioso de desarrollar los temas fundamentales de la teoría del derecho a partir de una teoría de la norma jurídica.[57] Y de hecho en ella Kelsen, por un lado, elabora la teoría de la norma jurídica que, con modificaciones menores, reiterará luego a lo largo de toda su obra, y, por otro, se ocupa de extraer las consecuencias que esa teoría tiene para una definición de los conceptos jurídicos fundamentales.

La idea de *dinamismo,* asociada al derecho, es algo mas tardía: aparece probablemente por primera vez en la *Allgemeine Staatslehre* de 1925, ligada a la distinción entre estática y dinámica jurídica. Aunque en esa obra está ya presente la idea de derecho como sistema, la exploración detallada de las diferencias entre sistemas estáticos y dinámicos se encuentra por primera vez en *los Philosophische Grundlagen* de 1928, asociada a un intento de establecer una diferenciación estructural entre derecho natural y derecho positivo.

La exposición que he hecho a lo largo de estas páginas, si es correcta, indica que Kelsen no fue capaz de desprenderse de su temprana interpretación de la tesis de la coactividad, a pesar de que difícilmente encajaba en la imagen del derecho como sistema normativo dinámico que tan brillantemente desarrolló en la *Reine Rechtslehre.* ¿Por qué Kelsen se aferra hasta el final a una teoría de la norma jurídica que resulta implausible a la luz de su propia

[57] El título completo de la obra no puede ser más explícito: *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado. Desarrollados a partir de la doctrina de la proposición jurídica.* Para ser precisos he de advertir que en esta obra el cometido inmediato de Kelsen es elaborar no tanto una teoría del derecho cuanto una teoría del Estado desde el punto de vista jurídico. Lo cierto, en todo caso, es que al hilo de una discusión detallada de las doctrinas de derecho público entonces prevalencientes en Alemania, se ve llevado a discutir cuestiones fundamentales de teoría de la ciencia jurídica y a desarrollar algunos de los temas principales de una teoría general del derecho.

concepción sobre el sistema jurídico? Desentrañar las fuerzas intelectuales que lo mantienen apresado a su temprana concepción sobre el derecho y la estructura uniforme de las normas jurídicas es tarea para otro momento.

Siglas de las obras de Kelsen citadas

AS *Allgemeine Staatslehre,* Springer, Berlín, 1925 [trad. de L. Legaz Lacambra, *Teoría general del Estado,* reed. por Ed. Corvares, Granada, 2002]

COJ "El concepto de orden jurídico", en *Contribuciones a la teoría pura del derecho,* trad. de M. I. Azaretto, Centro Edit. de Am, Latina, Buenos Aires, 1969

GT *General Theory of Law and Suite* Harvard Univ. Press, Cambridge Mass., 1945 [trad.por E. García Maynez, *Teoría general del derecho y del Estado,* UNAM, México, 3a reimpr. 1983]

HP *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre. Entwickelt aus der Lehre vom Rechssatze* (1911), 2a ed. Mohr, Tübingen,1923 [arad, de W. Roces de la 2° edic. alemana, *Problemas capitales de la teoría jurídica del Estado,* Pomia, México, 1987]

PG "Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus" (1928), sigo la versión publicada en AA.VV., *Die Wiener Rechtstheoretische Schule,* Europa Verlag, Wien etc., 1968.

TP *Teoría pura del derecho,* trad. de M. Nilve y N. Cabrera, EUDEBA, Buenos A., 1960 (es la traducción castellana de la versión francesa de 1953 de la primera edición, modificada, de la *Reine Rechtslehre)*

RR *Reine Rechtslehre,* 2a e1., F. Deuticke, Wien, 1960 [arad. R. J. Vernengo, *Teoría pura del derecho,* UNAM, México, 1979]

Referencias bibliográficas

ALEXY, Robert (1992), *Begriff und Geltung des Rechts,* Alber, Freiburg/München

ALCHOURRÓN, Carlos/Bulygin, Eugenio (1975), *Introducción a la metodología de las ciencias sociales, Astrea,* Buenos Aires.

BENTHAM, Jéremy (1970), *Of laws in general,* Athlone Press, Univ. of London Binding, Karl (1922), *Die Normen und itere Übertretung,* 4a ed. Leipzig Canaris, Willhelm (1998), *El sistema de la jurisprudencia*, Trad. por J. A. García Amado, Fundar. Cult. del Notariado, Madrid.

DELGADO PINTO, José (1977) "El voluntarismo de Hans Kelsen y su concepción del orden jurídico como un sistema normativo dinámico", en el vol. I de AA. VV. *Filosofía y Derecho. Estudios en honor del Profesor José Corts Grau,* Univ. de Valencia, Valencia.

– (1978) "Obligatoriedad y deber jurídico en el positivismo contemporáneo: El pensamiento de Hans Kelsen", en *AFD 20.*

– (1990) "El deber jurídico y la obligación moral de obedecer al derecho", en AA.VV. *Obligatoriedad y Derecho,* Univ. de Oviedo.

FINNIS, J. (2000), *Ley natural y derechos naturales,* Trad, de C. Orrego, Sánchez, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

GUASTINI, Riccardo (1990), *Dalle fonti alíe norme,* Giappichelli, Torio.

– (1993) *Distinguiendo,* trad. de J. Ferrer i Beltrán, Paidós, Barcelona.

HART, Herbert (1992), *El Concepto de Derecho,* trad. de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2a ed.

IHERING, Rudolf von (1970), *Der Zweck im Recht,* Georg Olms Verlag, Hildesheim, (Reprod. facs. de la 4a. ed. de Breitkopf und H rtel, Leipzig, 1904.

NINO, Carlos S. (1983), *Introducción al análisis del derecho,* Ariel, Barcelona.

OLIVECRONA, Karl (1959), *El derecho como hecho,* trad. de G. Cortés Funes, Depalma, Buenos Aires.

RAZ, Joseph (1970), *The Concept of Legal System,* Clarendon, Oxford.

ROSS, Alf (1958), *On lave and justice,* Stevens and Sons, London.

– (1961), *Hacia una ciencia realista del Derecho,* trad. de J. Barbota, Abeledo Perrot. Buenos Aires.

– (1971) *Lógica de las normas,* trad. de J. P. Hierro, Tecnos, Madrid.

EL CONCEPTO DE DERECHO Y EL ARGUMENTO DE LA RELEVANCIA PRÁCTICA[1]

José Manuel Cabra Apalategui
Universidad de Málaga

RESUMEN. Este artículo analiza la corrección de algunos argumentos que han sido utilizados para apoyar o criticar un cierto concepto de Derecho. Su principal tesis es la siguiente: ni existe una conexión analítica, y por tanto necesaria, entre Derecho y moral, ni hay razones relacionadas con consecuencias prácticas para preferir, desde un punto de vista normativo, un concepto positivista de Derecho a uno no positivista, o viceversa. Respecto a la primera parte de la tesis (la conexión necesaria), se discuten argumentos como el de la pretensión de corrección de nuestros actos de habla normativos o la pretensión de legitimidad de la regla de reconocimiento. La segunda parte de la tesis (el punto de vista normativo) se basa en el argumento de que tanto positivistas como no positivistas se equivocan cuando los primeros sostienen que un concepto de Derecho no positivista favorece una legitimidad no crítica de los ordenamientos jurídicos, y también cuando, por el contrario, el concepto de Derecho no positivista se fundamenta en la idea de su mayor efectividad para evitar injusticias en los ordenamientos jurídicos.

ABSTRACT. This paper analyzes the soundness of a number of arguments that have been put forward to either support or oppose a certain concept of law. Its main thesis goes as follows: there is no analytic, and therefore necessary, connection between law and morality, nor are there reasons related to their practical consequences when preferring a positivist concept of law to a non positivist one, or vice versa, from a normative point of view. With reference to the first part of the thesis (necessary connection), arguments such as the claim of correctness of our normative speech acts, or the claim of legitimacy of the rule of recognition are contested. The second part of the thesis (the normative point of view) is based on the argument that both positivism and non-positivism, are incorrect when the former maintains that a non-positivist concept of law favours a non critical legitimacy of legal orders, and also when, in contrast, such a concept of law is supported by the idea of a greater effectiveness in order to avoid injustice in legal orders.

[1] Este trabajo fue presentado como comunicación a las *XX Jornadas de la Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política*, celebradas en Málaga el 11 y 12 de marzo de 2005.

I

Como pone de manifiesto la perplejidad inicial de Hart en *The Concept of Law*, la del concepto de Derecho sigue siendo la cuestión central de la Teoría del Derecho. No creo necesario detenernos en esto. Sin embargo, resulta dudoso que siempre se haya abordado de un modo acertado.

El debate acerca de qué sea el Derecho se desarrolla en planos distintos: analítico, normativo y empírico, pero sólo en los dos primeros gira la discusión acerca del concepto de Derecho (dimensión intensional). Qué sea y qué no Derecho, esto es, la extensión del concepto, es algo distinto y lógicamente posterior; se trata de una cuestión empírica que presupone la cuestión conceptual: los casos son necesariamente posteriores al género. El debate genuinamente conceptual es, por tanto, otro.

En el plano analítico, la discusión gira en torno a si nuestros usos lingüísticos presuponen ya algún tipo de propiedad consustancial al concepto de Derecho; algo así como si pudiéramos encontrar en el lenguaje la clave para resolver el problema del concepto del Derecho. En el plano normativo, en cambio, la cuestión se plantea como una definición, como una estipulación lingüística y, por tanto, arbitraria, aunque en modo alguno trivial. Aquí se discuten las razones por las que un concepto de Derecho resultaría preferible a los conceptos alternativos; estas razones pueden ser de tipo epistémico o de tipo práctico.

Por muy compleja y aparentemente novedosa que pueda ser, toda discusión en torno al concepto de Derecho deviene en una discusión acerca de la relación entre el Derecho y la Moral. Tanto en el plano analítico, como en el normativo, el debate ha sido reducido tradicionalmente a dos posturas aparentemente irreductibles: por un lado, la representada por el positivismo jurídico, condensada en la denominada *tesis de la separación*, y, por otro, la *tesis de la vinculación*, bajo la que caen los planteamientos no positivistas. Pero, como han advertido algunos autores[2], cuál sea el contenido de estas tesis dista mucho de ser claro y unívocamente entendido. De ser así, nos encontraríamos en una situación parecida a aquélla en que el debate acerca del concepto de Derecho giraba en torno a la distinción entre "positivismo" e "iusnaturalismo", sin advertir, como más tarde hicieron, entre otros, Hart

[2] Véase, Füßer, K. "Farewell to Legal Positivism: The Separation Thesis Unravelling", en George, R. P. (ed.) *The Autonomy of Law. Essays on Legal Positivism*, Oxford University Press, Oxford, 1996, págs. 119-162; Juan Carlos Bayón, "El contenido mínimo del positivismo jurídico", en Zapatero, V. (ed.), *Horizontes de la Filosofía del Derecho. Homenaje a Luis García San Miguel*, Universidad de Alcalá, 2002 (2 Vols.), Vol. II, págs. 31-54; Navarro, P. E. "Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico", *DOXA* 24 (2001), págs. 133-163.

y Bobbio, que bajo esas etiquetas caían distintas tesis conceptualmente independientes, de manera que la adhesión a una de ellas no implicaba necesariamente el compromiso con las demás. De hecho, la mayor parte, si no la totalidad, de autores a los que se calificaba como positivistas consideraban indefendibles muchas de las tesis que sus detractores, partiendo de construcciones cuando menos toscas y poco elaboradas del positivismo jurídico, les atribuían. Evitar los debates estériles e improductivos, así como acuerdos y desacuerdos sólo aparentes, pasa por definir previamente con tanta claridad como sea posible qué es lo que se discute. Cuanto más nos acerquemos a este objetivo, más racional será la discusión.

En este trabajo voy a sostener dos tesis: (i) no podemos establecer en el plano analítico ningún tipo de conexión necesaria entre Derecho y Moral; y (ii) desde un punto de vista normativo, no hay razones para preferir uno u otro concepto de Derecho en relación con sus consecuencias prácticas.

II

La supuesta existencia de una conexión necesaria, ineludible, entre Derecho y Moral es, naturalmente, una cuestión conceptual. Ahora bien, con la expresión "conexión necesaria" se puede estar haciendo referencia a dos tesis distintas, según el sentido que se atribuya al término "necesidad"[3]. En primer lugar, se trata de una necesidad de tipo analítico. En este caso, lo que se estaría afirmando es que las reglas que rigen nuestros usos lingüísticos, y en especial aquellas que constituyen el núcleo de significado de nuestros actos de habla regulativos, de los que legislar o juzgar son casos específicos, presuponen ya dicha conexión. Este sentido coincide con la que se denomina como *tesis de la pretensión de corrección*, según la cual nuestros actos de habla regulativos formulan una pretensión de corrección o legitimidad. Ésta incorpora, a su vez, una *pretensión de fundamentabilidad*, es decir, que quien formula la pretensión de corrección está afirmando implícitamente la existencia de razones, entre ellas razones morales, para seguir lo prescrito en el acto regulativo correspondiente. En segundo lugar, se puede hacer referencia a una necesidad de tipo empírico. En este caso, la afirmación de que entre el Derecho y la Moral existe una conexión necesaria significa que la existencia de los ordenamientos jurídicos depende de que su regla de reconocimiento formule una pretensión de corrección, y que es imposible lo contrario; en otras palabras, que constituye una condición de posibilidad de la existencia de un ordenamiento jurídico. Aquí pretendo cuestionar ambas versiones de la tesis de la conexión necesaria.

[3] Aquí me voy a referir únicamente a las tesis que pueden ser formulas considerando la ambigüedad del término "necesidad" y no al de "conexión".

(i) La versión analítica de la tesis de la conexión necesaria suele adoptar como punto de partida algunos ejemplos célebres formulados por los filósofos del lenguaje que muestran las implicaciones presupuestas en nuestros usos lingüísticos. Así, la afirmación de Wittgenstein:

> "Si hubiera un verbo con el significado "creer falsamente", no tendría sentido usarlo en la primera persona del presente del indicativo […] "creo …, y no es así" sería una contradicción"[4].

O la de Austin:

> "El gato está sobre el felpudo, pero yo no lo creo"[5].

En ambos casos se pretende mostrar que quien afirma creer algo formula una pretensión de verdad acerca de su creencia, de manera que no puede afirmar que lo que cree no es verdad. No resulta comprensible sostener la verdad de una creencia y admitir seguidamente que se carece de razones para ello, o peor aún, que se tienen buenas razones para creer lo contrario. No obstante, nótese que ambos ejemplos giran en torno a una cuestión empírica: tener una creencia, y se trata, por tanto, de un uso descriptivo del lenguaje.

Algunos autores han visto en la extrapolación de estos ejemplos al terreno práctico, un buen argumento, o al menos su comienzo, para sostener la tesis de la conexión necesaria. Garzón Valdés, por ejemplo, sostiene que resultarían contradictorias afirmaciones del tipo:

> "Creo en la legitimidad de mi sistema pero es ilegítimo / Creo en la legitimidad de mi sistema pero no pretendo que lo sea / Creo que la regla de reconocimiento coincide con mis valoraciones primarias pero es incorrecta moralmente / Mi posición moral es éticamente incorrecta"[6].

Con ello se pretende mostrar que el participante[7] (legisladores, jueces, etc.) en un sistema jurídico formula siempre una pretensión de legitimidad o corrección y, con ello, que, al menos desde el punto de vista del participante, existe una conexión necesaria entre Derecho y Moral.

En efecto, los anteriores enunciados son todos, de un modo más o menos evidentes, contradictorios, faltos de sentido al igual que los ejemplos de

---

[4] Wittgenstein, L. *Investigaciones filosóficas* (trad. A. García Suárez y U. Moulines), UNAM / Crítica, México / Barcelona, 1988, pág. 439.

[5] Austin, J. L. *Cómo hacer cosas con palabras* (trad. G. Carrió y E. Rabossi), Paidós, 1971, págs. 91 y ss.; "El significado de una palabra", en Id. *Ensayos filosóficos* (trad. A. García Suárez), Alianza, Madrid, 1989, págs. 71-87, cita en pág. 77.

[6] Garzón Valdés, E. "Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral", en Id. *Derecho, Ética y Política*, CEC, Madrid, 1993, págs. 317-335, cita en pág. 327.

[7] Aquí voy a dejar de un lado la cuestión, poco clara todavía de qué signifique adoptar el punto de vista del participante; sobre esta cuestión, véase el artículo de Liborio Hierro "¿Por qué ser positivista?", en *DOXA* 25 (2002), págs. 263-302, en especial págs. 263-279.

Wittgenstein y Austin, pero, precisamente ¡porque son idénticos! En todos ellos se afirma y se niega simultáneamente por parte de una misma persona una misma creencia. Aquí resulta irrelevante que esta creencia se refiera a un estado de cosas o a valores morales, lo que importa es la creencia como hecho que se afirma y se niega. Ahora bien, este tipo de afirmaciones no muestra más que el hecho de que incurre en contradicción quien sostiene simultáneamente que una cosa es el caso y que no lo es. Podría decirse que ni siquiera plantean una auténtica pretensión de legitimidad o de corrección, sino que plantean, más bien, y en cuanto describen estados mentales de quien las formula, pretensiones de verdad. Estos enunciados abogarían, en todo caso, en favor del postulado de la consistencia lógica, pero no constituirían en ningún caso algo así como un principio de prueba de la tesis de la conexión necesaria. Esta tarea requeriría algo más.

Ese algo más podemos encontrarlo en el planteamiento de Robert Alexy. El autor alemán pretende mostrar que la pretensión de corrección es un elemento necesario del concepto de Derecho y cómo a través de ella puede establecerse una conexión necesaria entre Derecho y Moral. Para ello recurre al siguiente ejemplo: un Estado *X* incluye como primer artículo de su texto constitucional lo siguiente:

> "*X* es una república soberana, federal e injusta"[8].

Según Alexy, este artículo es manifiestamente defectuoso, pero no sólo desde un punto de vista técnico o instrumental, moral o convencional, sino también, y esencialmente, conceptual. Ciertamente, la cláusula de la injusticia puede resultar políticamente inadecuada o disfuncional en el sentido de disminuir las probabilidades de efectividad de la Constitución, pero, el mismo defecto podría predicarse de una cláusula republicana que derogara una monarquía fuertemente arraigada y, en cambio, –sostiene Alexy– la primera cláusula (injusticia) tiene algo de absurdo, de lo que la segunda (republicana) carece. Igualmente, el contenido del artículo constitucional del ejemplo se aparta de la convención acerca de la redacción de textos constitucionales; y también lo haría la inclusión de un catálogo de derechos de cien páginas, sin embargo, a pesar de lo inusual, no se vería afectado por el sinsentido que supone la cláusula de la injusticia. Por último, también desde el punto de vista moral, esta cláusula es claramente defectuosa, ahora bien, aunque desde el punto de vista moral las cosas no serían muy distintas si ésta fuera suprimida y se incorporasen a la constitución otros artículos de contenido manifiestamente injusto, una y otra situación, equiparables en su injusticia,

[8] Alexy, R. "El concepto y la validez del Derecho", en Id. *El concepto y la validez del Derecho* (trad. J. M. Seña), Gedisa, Barcelona, 1997, págs, 13-130, cita en pág. 42.

son, "desde el punto de vista de lo defectuoso", diferentes en algún sentido. Lo absurdo de la cláusula de la injusticia no se explica, por tanto, únicamente sobre la base de razones técnicas, convencionales o morales, sino también por razones conceptuales. Según Alexy, un artículo como este es conceptualmente defectuoso porque

> "[c]on el acto de la sanción de una Constitución está vinculada necesariamente la pretensión de corrección que, en este caso, es, sobre todo, una pretensión de justicia"[9].

En otras palabras, el defecto consiste en que lo que está explícitamente manifestado en el acto de habla contradice lo que está implícitamente presupuesto en el mismo. A esto se denomina contradicción performativa. Y, por la misma razón por la que la cláusula de la injusticia resulta contradictoria, un artículo como:

> "*X* es un Estado justo" [10]

sería un enunciado redundante.

Obviamente, la clave de la cuestión está en el presupuesto de la pretensión de corrección. Con ello, Alexy introduce el elemento que hace que funcione la tesis de la conexión necesaria, pero sólo de un modo aparente o tramposo. Dos comentarios al respecto: en primer lugar, el argumento de la contradicción performativa sólo funciona si ya se presupone lo que se pretende mostrar: el carácter necesario de la pretensión de corrección o legitimidad; sólo así podemos decir que la cláusula de la injusticia contradice los presupuestos de los "actos de habla constituyentes", por llamarlos de algún modo. En segundo lugar, sostener que un presupuesto como ese rige este tipo de actos es algo más que discutible. Pensemos en un texto de un preámbulo constitucional del siguiente tenor:

> "*Z* es una república cuyo fin supremo es la salvaguarda del interés de los grupos étnicos mayoritarios y, en todo caso, de los ciudadanos del Estado frente a cualesquiera otras personas, así como favorecer los medios necesarios para la estabilidad política, aunque ello suponga renunciar a las convicciones morales e ideales de justicia mayoritarias"[11].

La opción del constituyente es muy clara: privilegiar el interés de algunos grupos sociales y, en última instancia, de la ciudadanía frente a cualesquiera otros individuos, aunque ello suponga el sacrificio de los valores morales de la comunidad. Supongamos que se trata de un Estado de un

---

[9] *Idem*, pág. 43.

[10] *Idem*, pág. 43.

[11] Véase un argumento similar en Engländer, A. "Zur begrifflichen Möglichkeit der Rechtspositivismus. Eine Kritik des Richtigkeitsargument von Robert Alexy", *Rechtstheorie* 28 (1997), págs. 437-485, cita en pág. 444.

gran potencial económico donde los intereses que la Constitución protege superan con mucho el umbral de lo que generalmente se entiende como necesidades básicas. Supongamos también que, preguntados por sus convicciones morales, la mayoría de los habitantes de ese Estado, pero, sobre todo, aquellos que representan el sector institucional (legisladores, jueces, etc.), reconocen que dichas necesidades constituyen un mínimo moral ineludible para cualquier persona, independientemente de su condición de ciudadano o no, y, sin embargo, una debilidad de la voluntad muy extendida les impide renunciar a los bienes e intereses que la Constitución protege para satisfacer las necesidades básicas de otras personas. Desde luego que no puede hablarse en este caso de una auténtica pretensión de corrección o legitimidad, pero ¿hay algún tipo de contradicción? Creo que no. Resulta altamente contraintuitivo sostener que el enunciado anterior es conceptualmente defectuoso; puede que sea inusual, inmoral o políticamente inapropiado, pero no alcanzo a ver dónde reside el defecto conceptual. Salvo que presuponga, como hace Alexy, que todo acto de sanción de una Constitución formula necesariamente una pretensión de corrección o legitimidad, no hay nada de contradictorio en el texto anterior. Si podemos hablar de algo así como la reconstrucción de las prácticas sociales en las que tomamos parte, y por esto entiendo algo distinto a una mera definición o estipulación, entonces cabría decir que la reconstrucción alexiana de lo que antes denominé como "acto de habla constituyente" tiene en la tesis de la pretensión de corrección o legitimidad un presupuesto discutible: no es que no sea deseable o habitual que se formule (lo cual no evita, en modo alguno, la incorrección moral de hecho de muchos sistemas jurídicos), simplemente, creo que es algo contingente. El desencuentro se produce, por tanto, en la identificación de las reglas que rigen la práctica constituyente: en mi opinión, el contenido mínimo del mismo se reduce a la mera *intención de constitución en comunidad política*, independientemente del fundamento que a la misma otorguen aquellos que la integran (la realización de una concepción compartida de la justicia, la salvaguarda del propio interés, etc.); Alexy y otros muchos, en cambio, sostendrían que la pretensión de corrección o legitimidad también formaría parte de ese contenido mínimo[12]. Con independencia de cuál nos parezca una mejor o más adecuada reconstrucción de las reglas que rigen la sanción de una Constitución, lo anterior pone de manifiesto que la versión analítica de la tesis de la conexión necesaria descansa en presuponer algo

[12] Para una crítica del argumento de la corrección en un sentido distinto al aquí planteado, véase Bulygin, E. "Alexy und das Richtigkeitsargument", en Aarnio, A / Paulson, S. / Weinberger, O. / von Wright, g. h. / Wyduckel, D. (Hsg.) *Rechtsnorm und Rechtswirlichkeit. Festschrift für Werner Krawietz*, Duncker & Humblot, Berlin, 1993, págs. 19-24.

que, desde un punto de vista distinto y, en mi opinión, no sólo no descabellado, sino, incluso, más adecuado, es contingente. De algún modo, Alexy ha visto en la convención o, mejor, en las prácticas más habituales, el núcleo de significado de las mismas. Creo, sin embargo, que la tarea de reconstruir objetivamente las prácticas sociales mediante la identificación de sus reglas es algo más complejo que la mera constatación de qué suele hacerse o cual es el contenido expresamente reconocido por todos o algunos de los participantes en las mismas[13], pero esto es algo que excede los objetivos de este trabajo.

Desde posiciones muy similares a las de Alexy, MacCormick hace notar que hablamos de "administración de justicia" y no de "administración de injusticia" para referirnos a las instituciones que aplican el Derecho, así como a las prácticas que en ellas se desarrollan[14]. Pero que esto pueda considerarse un argumento favorable para la tesis de la pretensión de corrección es más que dudoso. Ciertamente, la denominación de "administración de justicia" formula una pretensión de legitimidad, pero ésta puede ser leída también, y exclusivamente si se quiere, en clave política: se trataría, entonces, una cuestión de eficacia política sustentada en el efecto retórico de los términos. Por otro lado, las instituciones a que nos referimos y, sobre todo, las prácticas que en ellas se llevan a cabo pueden ser, de hecho son, reconstruidas o consideradas sin recurrir a la pretensión de corrección o legitimidad con denominaciones como "instancias o mecanismos de resolución de conflictos", propias de la sociología jurídica y asumibles por cualquier planteamiento crítico y/o mínimamente escéptico (por ejemplo, el de un abogado descreído).

(ii) Hasta aquí he intentado mostrar que la tesis de la conexión necesaria entre Derecho y Moral basada en la pretensión de corrección vinculada a determinadas prácticas o actos de habla regulativos incurre en una petición de principio. Ahora voy a cuestionar la versión empírica de la tesis de la conexión necesaria, según la cual la existencia de los ordenamientos jurídicos depende de que su regla de reconocimiento formule una pretensión de corrección o legitimidad.

---

[13] Creo que bajo esta afirmación late la distinción introducida por Bayón entre "convencionalismo superficial" y "convencionalismo profundo" en relación con la ontología de las convenciones sociales; véase Bayón, J. C. "El contenido mínimo del positivismo jurídico", *op. cit.*, en especial págs. 48 y ss.; y del mismo autor, "Derecho, convencionalismo y controversia", en Navarro, P. E. / Redondo, M. C. (comp.) *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Gedisa, Barcelona, 2002, págs. 57-91, especial, págs. 76 y ss.

[14] MacCormick, N. "Natural Law and the separation of Law and Morals", en George, P. *Natural Law Theory*, Oxford University Press, Oxford, 1992, págs. 105-133, cita en pág. 112.

Este es el tipo de argumento que ha desarrollado, entre otros, Garzón Valdés, cuyo planteamiento sigo aquí. Según este autor:

> "Todo sistema jurídico existente (...) requiere como condición necesaria, pero no suficiente, la adhesión a sus principios y normas por parte de las autoridades y funcionarios del sistema"[15].

Esta actitud es la que Hart denominó como "punto de vista interno". Adoptar el punto de vista interno del sistema jurídico supone aceptar sus normas como pautas de conducta. Aunque a primera vista no sea necesario recurrir a criterios de validez externos al propio sistema, la aceptación y aplicación de las normas que configuran el sistema se sustenta en última instancia en justificaciones morales[16].

Pero, como el propio autor reconoce, se puede objetar que la actitud moral de la parte oficial del sistema nada tenga que ver con su estabilidad o existencia. Admite, entonces, dos situaciones en las que no concurre la adhesión de la parte oficial, que antes se concibió como condición necesaria de todo sistema jurídico. La primera de estas situaciones sería aquella en la que toda la parte oficial rechaza internamente el sistema, aunque se adhiere externamente por motivos prudenciales al creer erróneamente en la adhesión sincera del resto; se trataría de una situación de error generalizado. El segundo de los escenarios sería aquel en el que la parte oficial cumple las reglas por hábito, tradición o aburrimiento, sin manifestar una adhesión explícita a las reglas básicas del sistema; aquí se trata de una ausencia de reflexión generalizada. Estas situaciones son, obviamente, no sólo harto improbables, sino, también, muy poco duraderas[17].

Es posible, sin embargo, pensar una tercera situación en la que la parte oficial del sistema (y no sólo ésta) se adhiere a las normas básicas del mismo no por razón de sus convicciones morales, sino para una maximización de utilidad. En otras palabras, el sistema no se configura como una unidad moral cuyos principios básicos definen en parte la regla de reconocimiento, sino como una mera comunidad de intereses basada en un compromiso igualmente ventajoso para todos, teniendo en cuenta las correlaciones de fuerza. Esto sería posible en un contexto en el que una gran cantidad de personas, entre ellos la parte oficial, antepusieran su interés a lo que consideran justo y fueran lo suficientemente sinceros como para admitir que lo hacen. En este caso, la validez de las normas del sistema no descansa en razones morales o en una pretensión de legitimidad o corrección, sino en una rela-

---

[15] Garzón Valdés, E. "Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral", *op. cit.*, pág. 320.

[16] *Idem*, pág. 321.

[17] *Idem*, pág. 324.

ción de causalidad (empírica). Se trata, claro está, de una validez hipotética con base en el carácter instrumental de las normas: "*debo* comportarme de este modo si quiero alcanzar tal o cual fin (maximización del propio interés, realización de determinados valores de justicia, etc.)". Aquí, en principio, no se plantean problemas de inestabilidad estructural. Este es el sentido de la siguiente afirmación de Hart:

> "*una condición necesaria para la existencia de un poder coactivo es que al menos algunos deben cooperar voluntariamente en el sistema y aceptar sus reglas* [...] Puede que no sólo un gran número de personas sea obligado por leyes que no consideran moralmente vinculantes, es que ni siquiera es verdad que aquellos que aceptan el sistema voluntariamente, tengan que concebirse a sí mismos moralmente obligados a hacerlo, aunque el sistema será más estable si lo hacen. En realidad, su adhesión al sistema puede estar basada en muy diferentes consideraciones: cálculos de interés a largo plazo; falta de interés en los demás; y actitudes heredadas o tradicionales no reflexionadas; o el mero deseo de actuar como los demás. En verdad no hay razón por la cual aquellos que aceptan la autoridad del sistema no deberían examinar su conciencia y decidir que, moralmente, no deberían aceptarla, sin embargo, por diferentes razones, continúan haciéndolo"[18].

Creo que Hart está en lo correcto al presuponer que todo sistema jurídico requiere de la adhesión o el compromiso de la parte oficial con sus normas básicas, pero no en un sentido de adhesión o compromiso moral. Personas no comprometidas moralmente, que aceptan el sistema por un cálculo de intereses, entre otros motivos posibles, son capaces de crear situaciones de estabilidad. El problema es, dice Garzón, si esta actitud puede ser generalizada:

> "El concepto mismo de razones perentorias es dependiente de la atribución de autoridad a quien las formula, y quien se presenta como autoridad última del sistema no puede invocar –so pena de caer en un círculo vicioso– razones perentorias sino que tiene que adherir en sentido fuerte al contenido de sus normas, es decir, otorgarles su aprobación moral"[19].

Estas palabras ponen en claro algo que late en todo el planteamiento: la conexión entre autoridad y moralidad (legitimación y legitimidad). Esto conecta con el problema de las fuentes de la autoridad. La autoridad basada en los argumentos morales es un tipo de autoridad, el más racional y deseable si se quiere, pero no el único; la pretensión de legitimidad o corrección no es la única conexión posible entre el sistema jurídico y la autoridad. Esta

---

[18] Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961, págs. 198-199 (subrayado mío).

[19] Garzón Valdés, E. "Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral", *op. cit.*, pág. 326.

conexión depende de una tesis empírica: la tendencia generalizada de las personas hacia la corrección moral. Y, en tanto que tesis empírica, es contingente, no necesaria. Hay que hacer notar que el hecho de que en ocasiones se formulen pretensiones insinceras no refuta la tesis de la pretensión de legitimidad, puesto que se pretende, aunque sea a través del engaño, conectar la autoridad con la legitimidad. Lo que hace tambalearse a la tesis de la pretensión de corrección es la renuncia más o menos explícita y generalizada a las convicciones morales en favor de otros intereses o deseos. Si esto es posible, y creo que lo es, entonces, no hay una conexión necesaria entre Derecho y Moral en el sentido de que los sistemas jurídicos deban incorporar en su regla de reconocimiento una pretensión de corrección.

III

La argumentación en el plano analítico no resulta concluyente al intentar mostrar la validez de la tesis de la vinculación. La cuestión acerca del concepto de Derecho puede continuar, sin embargo, en el plano normativo, en términos de preferibilidad. No se trata aquí de que las cosas sean o no necesariamente de un modo u otro, sino de que la adopción de un concepto u otro de Derecho obedezca a razones, bien de tipo teórico, bien de tipo práctico. Aquí voy a sostener que no hay razones prácticas definitivas para preferir un concepto de Derecho a otro[20].

Como es sabido, Gustav Radbruch, culpabilizó al positivismo jurídico de los males del derecho nacionalsocialista afirmando, entre otras cosas, que la doctrina positivista había dejado "indefensos" a los juristas alemanes. Gran parte de estas afirmaciones se basan en una representación muy poco sutil, casi caricaturesca, del positivismo jurídico. Con el tiempo, el "argumento de la indefensión" se ha mostrado, como hipótesis histórica, manifiestamente falso[21] y, desde un punto de vista teórico, inaceptable[22]. Pero lo cierto es que la idea generó un amplio debate acerca de si había o no razones morales (prácticas) para preferir uno u otro concepto de Derecho, esto es, acerca de

---

[20] Podemos hablar aquí de una situación de "empate" o "tablas"; vid. Alexy, R. "El concepto y la validez del Derecho", *op. cit.*, pág. 67; Dorado Porras, J. *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 87.

[21] Garzón Valdés, E., "Notas sobre la Filosofía del Derecho alemana actual" y "Derecho natural e ideología", en Id., *Derecho, Ética y Política*, *op. cit.*, págs. 235-264 y 145-156, respectivamente.

[22] Vid. García Amado, J. A., "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", en Id., *Escritos sobre Filosofía del Derecho*, Ediciones Rosaristas, Santa Fé de Bogotá, 1997, págs. 233-266; Füßer, K. "Rechtspositivismus und "gesetzliches Unrecht. Zur Destruktion einer verbreiteten Legende", *ARSP* 78 (1992), págs. 301-331; Dorado Porras, J. *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico*, *op. cit.*, págs. 94-109.

las consecuencias moralmente valiosas que tendría la adopción de uno u otro concepto de Derecho. Aquí voy a ocuparme de dos de esos argumentos: el argumento de la pervivencia de la legitimación acrítica y el argumento de la efectividad para combatir la injusticia.

(i) En principio, el argumento de la legitimación acrítica del Derecho fue esgrimido por el iusnaturalismo contra el hecho de que el formalismo positivista, agravado por el escepticismo ético de muchos de los autores alineados con el positivismo, admitiera como norma jurídica cualquier norma producida por los procedimientos jurídicamente establecidos, con independencia de cuál fuera su contenido, incluso cuando éste era manifiestamente injusto. Sin embargo, el argumento iusnaturalista suponía cosas que los positivistas, o al menos la mayoría de ellos, no defendían: la existencia de una obligación absoluta de obediencia al Derecho válido y un total desinterés por las cuestiones morales. Este error, la identificación de todo positivismo con el más exótico de ellos, el positivismo ideológico extremo o fuerte, así como la presunción de una actitud de indiferencia moral respecto al Derecho, sustenta el argumento de la indefensión. Pero el argumento de la indefensión no sólo ha sido refutado con éxito por el positivismo, sino que le ha sido devuelto a los iusnaturalistas en forma de acusación: es la utilización del término Derecho tal y como propone el iusnaturalismo lo que propicia en mayor medida la legitimación acrítica del sistema jurídico. Como muestra, las ya clásicas palabras de Hart:

> "Lo que por cierto más se necesita para que los hombres tengan una visión clara al enfrentar el abuso oficial de poder, es que conserven la idea de que al certificar que algo es jurídicamente válido no resolvemos en forma definitiva la cuestión de si se le debe obediencia, y que por grande que sea el halo de majestad o de autoridad que el sistema oficial pueda poseer, sus exigencias, en definitiva, tienen que ser sometidas a un examen moral. Esta idea de que fuera del sistema oficial hay algo que, en última instancia, deberá proporcionar al individuo el criterio para resolver sus problemas de obediencia, es más probable, por cierto, que permanezca viva entre quienes están acostumbrados a pensar que las reglas jurídicas pueden ser inicuas, que entre quienes piensan que en ningún caso algo inicuo puede tener *status* de derecho"[23].

A este argumento cabe oponer, al menos, tres objeciones. En primer lugar, está basado en una relación causal discutible. Según este argumento, la adopción de un concepto de Derecho positivista por parte de la parte oficial de un sistema jurídico tiene como efecto la actitud de vigilancia crítica por parte de los ciudadanos (o si se quiere, una mayor probabilidad de que esto ocurra), pero, como ha puesto de manifiesto Garzón Valdés, "no cuesta en-

[23] Hart, H.L.A. *The Concept of Law*, *op. cit.*, pág. 206.

contrar contraejemplos históricos que permiten poner en duda la corrección de la tesis según la cual habría una relación causal entre jusnaturalismo y positivismo y el comportamiento ciudadano. En la larga lista de los cómplices de las dictaduras, se encuentran tanto jusnaturalistas como juspositivistas, y los períodos de vigencia de una y otra posición no coinciden con los resultados esperados o temidos por los filósofos del derecho"[24]. Una confianza excesiva e infundada en la capacidad de influencia de los conceptos de los teóricos del derecho en el comportamiento general de la población hace de éste (y también de su contrario) un argumento implausible.

El segundo problema a que se enfrenta el argumento de la legitimación acrítica es el de la incoherencia. Este argumento supone que la adopción por la parte oficial del sistema de un concepto iusnaturalista tendrá como consecuencia el reconocimiento automático y acrítico de los ciudadanos de todo derecho como derecho justo. Pero, como ha sugerido Bayón, este planteamiento encierra una paradoja. Antes que nada debemos notar que el núcleo de la tesis positivista de la separación es la llamada *tesis de las fuentes sociales*, según la cual la existencia y el contenido del Derecho dependen exclusivamente de hechos sociales más o menos complejos. Pues bien, el argumento de la legitimación acrítica del iusnaturalismo supone que, los ciudadanos, al tiempo que reconocen todo derecho como derecho justo sobre la base de un "uso iusnaturalista" del término "Derecho", tendrían que reconocer como Derecho todo aquello que emane del poder, lo cual sólo es posible adoptando un punto de vista iuspositivista. Es decir, el argumento previene, curiosa y contradictoriamente, acerca de las malas consecuencias que tendría la asunción generalizada de un concepto iusnaturalista de Derecho, pero supone, simultáneamente, que la gente sigue pensando en clave positivista (tesis de las fuentes sociales)[25].

En tercer lugar, este argumento incurre en un error muy parecido a aquél del que fue víctima el positivismo de posguerra: la identificación de todo iusnaturalismo con su versión más extrema; aquella que hace depender la validez de todo Derecho de su adecuación a determinados estándares morales. Existen, sin embargo, propuestas iusnaturalistas (o no positivistas) que no establecen una conexión rígida entre la validez y el contenido de las normas, o más bien, que reducen sustancialmente dichos estándares. Un ejemplo de este tipo de planteamientos es el de Gustav Radbruch:

> "El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica puede ser solucionado en el sentido de que el derecho positivo asegurado por su sanción y el poder

[24] Garzón Valdés, E. "Algo más acerca de la relación entre Derecho y Moral", *op. cit.*, pág. 333.

[25] Bayón, J. C. "El contenido mínimo del positivismo jurídico", *op. cit.*, pág. 38, nota. 13.

> tiene prioridad aun cuando su contenido sea injusto y disfuncional, a menos que la contradicción entre la ley positiva y la justicia alcance una medida tan insoportable que la ley, en tanto 'derecho injusto', tenga que ceder ante la justicia. Es imposible trazar una línea nítida entre los casos de injusticia legal y las leyes válidas a pesar de su contenido injusto; pero puede establecerse otra frontera con total precisión: donde ni siquiera se pretende la justicia, donde la igualdad, que constituye el núcleo de la justicia, es negada conscientemente en el establecimiento del Derecho positivo, ahí la ley no es sólo "Derecho injusto", sino más bien carece totalmente de naturaleza jurídica"[26].

Es posible distinguir, por tanto, tres situaciones distintas en las que se produce la inadecuación entre el derecho positivo y determinados estándares de justicia: el *derecho injusto tolerable* (en la que la justicia formal resiste el contraste con la justicia material), el *derecho injusto intolerable* (supuesto en el que la justicia formal cede frente a la justicia material) y el *no derecho* (carencia de naturaleza jurídica). Alexy, que asume enteramente las tesis de Radbruch, sostiene que éstas formulan una "tesis débil de la vinculación"[27] que no exige un correlativo moral para toda norma jurídica, sino un marco de inmoralidad tolerable: el Derecho no es *definido*, sino *limitado* por la moral. Se trata, así, de una vinculación *parcial* entre derecho y moral[28], de manera que seguiría siendo posible desde esta perspectiva una actitud crítica frente al Derecho[29]. El problema de este tipo de teorías tiene que ver más con el establecimiento de los límites entre las distintas situaciones de las que pretende dar cuenta (justificación de cierto grado de objetivismo moral) que el riesgo de legitimación acrítica del Derecho.

Resumiendo, el intento de justificar la preferibilidad de un concepto positivista de Derecho mediante el argumento de que un concepto iusnaturalista deriva necesariamente en la legitimidad acrítica del Derecho o que, al menos, el concepto positivista es más eficaz para evitar ese riesgo, no se sostiene.

(ii) Tampoco desde posiciones iusnaturalistas o no positivistas se ha renunciado a justificar la preferencia de la tesis de la vinculación (concepto de Derecho iusnaturalista) con argumentos morales, como el de la efectividad para combatir la injusticia.

La adopción de un concepto no positivista de Derecho como el de Radbruch puede tener una enorme trascendencia práctica, como se ha puesto

---

[26] Radbruch, G. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en Id., *Gesamtausgabe* (Bd. 3), C.F. Müller, Heidelberg, 1990, pp. 83-93, cita en p. 89.

[27] Alexy, R. "El concepto y la validez del derecho", *op. cit.*, pág. 53.

[28] "A Defence of Radbruch's Formula", en Dyzenhaus, D. (ed.) *Recrafting the Rule of Law: The Limits of Legal Order*, Hart Publishing, Oxford / Portland, 1999, págs. 15-39, cita en pág. 17.

[29] Alexy, R. "El concepto y la validez del Derecho", *op. cit.*, pág. 53.

de manifiesto en algunos fallos de los tribunales alemanes en relación con hechos acaecidos durante el período del régimen nacionalsocialista[30] o en la extinta República democrática alemana (RDA)[31], que han negado el carácter jurídico de algunas leyes (promulgadas conforme a los procedimientos de creación de normas y obedecidas y aplicadas, esto es, válidas y eficaces) por razón de su contenido altamente injusto. Esto, sin embargo, no deja de ser la revisión de una situación histórica por parte de quienes detentan el poder tras el derrumbe de los sistemas políticos y jurídicos injustos: establece qué parte de todo aquello resulta ideológica y moralmente (in)asumible por el presente. Esta relevancia práctica a posteriori nada tiene que ver con el concepto de Derecho, sino con la ideología y la moral dominantes en el momento histórico. Son, por tanto, efectos contingentes. Aquí se trata, sin embargo, de buscar relaciones de causalidad entre la adopción de un concepto de Derecho y sus efectos. Alexy despliega en este sentido dos líneas de argumentación a favor de un concepto de Derecho no positivista: el argumento de la *praxis jurídica* y el *efecto de riesgo*.

Según el argumento de la praxis jurídica, si existe un consenso en la comunidad jurídica acerca de la necesidad de que las disposiciones estatales satisfagan determinados contenidos mínimos de justicia,

> "se dispone ya de una argumentación jurídica enraizada en la praxis jurídica y no sólo de una argumentación moral para enfrentarse a los actos de un régimen injusto"[32].

No escapa al propio Alexy la escasa resistencia que un consenso de este tipo ofrece frente a un régimen injusto, de manera que la efectividad del argumento de la praxis jurídica se referiría principalmente a regímenes injustos débiles en su fase inicial. Sea como fuere, este argumento está de más en relación con los sistemas jurídicos que ya incorporan en sus constituciones ciertos principios fundamentales de justicia; ¿qué aportaría un concepto de Derecho no positivista en un panorama como éste? ¿Acaso podría ofrecer una resistencia mayor que la que ya ofrece la propia Constitución? Parece

---

[30] Por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1968 en relación con el Decreto 11 que desarrollaba la Ley de Ciudadanía del Reich de 25 de noviembre de 1941, que privaba de la nacionalidad alemana por razón de la raza a los judíos emigrados (vid. Alexy, R. "A Defence of Radbruch's Formula", *op. cit.*, págs. 18-19).

[31] Alexy se ha ocupado por extenso del asunto de los centinelas del muro de Berlín (*Mauerschützen*) en varios trabajos (*Mauerschützen. Zum Verhältnis von Recht, Moral und Strafbarkeit*, Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1993; *Der Beschluß des Bundesverfassungsgerichts zu den Tötungen an der innerdeutschen Grenze von 24. Oktober 1996*. Vandenhoeck & Ruprecht, Göttingen, 1997 [de este último existe traducción castellana: "Derecho injusto, retroactividad y principio de legalidad penal. La doctrina del Tribunal Constitucional Federal alemán sobre los homicidios cometidos por los centinelas del muro de Berlín", *Doxa* 23 (2000), pp. 197-232].

[32] "El concepto y la validez del Derecho", *op. cit.*, pág. 55.

que no. Al fin y al cabo, el argumento de la praxis jurídica incurre en el mismo error que el argumento de la indefensión: pensar que los argumentos jurídicos tienen, por sí mismos, una capacidad o efecto práctico de resistencia a la injusticia del que los argumentos morales carecen.

En todo caso, las consecuencias favorables de un concepto no positivista de Derecho se anticiparían en el tiempo también en el plano individual en lo que Alexy denomina el "efecto de riesgo": la adopción de un concepto no positivista del Derecho puede favorecer y/o acelerar el derrumbe de los sistemas injustos o, al menos, reducir el grado de injusticia porque las perspectivas de responder judicialmente ante un hipotético, pero, a la vez, seguro, derrumbe del sistema, desincentiva la participación en la injusticia, incluso de aquéllos que comparten sus fundamentos[33]. El argumento del efecto del riesgo será un buen argumento en la medida en que lo sea la predicción que contiene. Esta predicción tiene su fundamento en un cálculo de utilidad, o sea, en la prudencia de las personas, así como en otros factores, como la aversión al riesgo, la integridad moral, etcétera. Pues bien, de entrada, el efecto de riesgo resulta inocuo frente a los fanáticos, figura nada ajena a los sistemas de extrema injusticia, dicho sea de paso, que si algo no hacen, son cálculos de utilidad; al menos, en términos comprensibles para el sentido medio de la prudencia. Pero es que tampoco en relación con aquéllos que sí pueden verse potencialmente influidos por el "riesgo" de ser juzgados en el futuro resulta plausible el argumento. El participante en un sistema de extrema injusticia (por voluntad propia o por otro tipo de razones, por ejemplo, profesionales) se enfrenta a dos riesgos: de un lado, el riesgo a que se refiere Alexy, que es un riesgo incierto y a más o menos largo plazo, de ser juzgado como participante en un sistema de extrema injusticia tras el derrumbe de éste por los participantes en un sistema posterior; y, de otro lado, el riesgo, inmediato en el tiempo, de ser juzgado como opositor al régimen extremadamente injusto del que agente se niega a formar parte. A la proximidad en el tiempo hay que unir otra circunstancia: las garantías del proceso. Es probable que un sistema extremadamente injusto le suceda un sistema que incorpora ciertas garantías procesales, respete el principio de proporcionalidad de las penas y reconozca ciertos derechos en el cumplimiento de éstas. En cambio, ya sabemos cómo juzgan los sistemas totalitarios (procesos sumarios, por lo general, carentes de ningún tipo de garantías), precisamente para desincentivar la disidencia, la negación de obediencia o a aquéllos que, de un modo más o menos disimulado, se oponen al régimen. Pero es que también podría suceder que a un sistema extremadamente injusto siga otro sistema extremadamente injusto, como de hecho ocurrió tras la guerra en

[33] *Idem, op. cit.*, pág. 56.

Alemania oriental, donde el totalitarismo nacionalsocialista dio paso al totalitarismo pro-soviético. Desde un punto de vista estrictamente prudencial y no moral (que es de lo que se trata en este argumento del "efecto de riesgo"), ¿qué motivos puede tener un demócrata en estas circunstancias para, poniendo en riesgo su vida y la de los suyos, oponerse al sistema? Alexy no tiene en cuenta algunos factores, entre ellos la incertidumbre, que hacen bastante implausible el argumento de la efectividad[34].

Hay un último aspecto problemático del argumento del "efecto de riesgo". La efectividad de un concepto no positivista de derecho presupone, no sólo la asunción por los juristas de un tal concepto de Derecho, sino la percepción de la injusticia extrema e insoportable que ya no es Derecho y cuya obediencia o aplicación constituiría el principal cargo contra ellos en un futuro (y, por ahora, hipotético) juicio. Si no se es capaz de identificar la injusticia extrema e insoportable, resultaría irrelevante, desde el punto de vista de la efectividad, la adopción de un concepto no positivista de Derecho. La identificación del límite, dónde comienza el umbral de la injusticia insoportable, no es algo fácil. El propio Radbruch admite que "resulta complicado establecer la frontera entre los normas injustas, pero todavía jurídicas y las insoportablemente injustas"[35]; y no se avanza demasiado en claridad al afirmar, como hace Alexy, que el límite de lo soportable lo constituyen "exigencias morales mínimas", como los derechos humanos elementales a la vida y a la integridad física[36]. Alexy pretende salvar la dificultad para establecer nítidamente un límite de lo soportable vinculando el aspecto material y el epistemológico de la corrección: "cuanto más extrema sea la injusticia, tanto más seguro su conocimiento"[37], o lo que es lo mismo, que lo (más) insoportable resulta (más) evidente. Sin embargo, esta especie de intuicionismo moral al que recurre para establecer el límite de la injusticia extrema resulta criticable. El hecho de que no sólo no sea descartable, sino muy probable (tanto más probable cuanto más nos acerquemos al límite de lo soportable), la hipótesis de una pluralidad de percepciones de la evidencia, pone de manifiesto la carencia de un criterio objetivo de decisión. Percibimos como evidente, principalmente, aquello que hemos interiorizado en el proceso de socialización; así, la percepción de la injusticia extrema e intolerable, evidente al fin y al cabo, depende en su mayor parte, si no en toda, de las convicciones morales vigentes en la comu-

---

[34] Vid. Engländer, A. "Zur begrifflichen Möglichkeit der Rechtspositivismus. Eine Kritik des Richtigkeitsargument von Robert Alexy", *op. cit.*, pág. 458-459; Dorado Porras, J. *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico*, *op. cit.*, págs. 114-116.

[35] Radbruch, G. "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", *op. cit.*, pág. 89.

[36] "El concepto y la validez del Derecho", *op. cit.*, pág. 54.

[37] *Idem*., pág. 57.

nidad, lo que sitúa a la evidencia más como "una expresión de aceptabilidad en el sentido (…) de adhesión a una determinada forma de vida", que como un signo de racionalidad u objetividad[38].

IV

En este trabajo he intentado mostrar que tanto en el plano analítico, como en el plano normativo, cuando se trata de argumentos prácticos, el debate acerca del concepto de Derecho no está resuelto. A poco que se aborden con rigor las tesis positivistas y no positivistas, muchos de los argumentos esgrimidos a favor y en contra de los distintos conceptos de Derecho resultan implausibles, especialmente los argumentos de tipo práctico. Los efectos prácticos del Derecho dependen de las convicciones, evaluaciones y, sobre todo, de la integridad moral de aquellos que deben obedecerlo y aplicarlo. Pero en esta cuestión, bien poco relevante es cómo utilicemos el término "Derecho". No es que un concepto de Derecho implique la evaluación moral del Derecho y haga depender de ella su validez y la existencia de un deber de obediencia al mismo (iusnaturalismo clásico) y otro concepto de Derecho imponga un deber de obediencia absoluto ignorando el contenido de las normas jurídicas (positivismo ideológico). La diferencia radica, como ha escrito Martín D. Farrell, en el momento en que esa evaluación se lleva a cabo: el no positivista sitúa la evaluación moral del Derecho al principio, antes de determinar cuándo una norma es una norma jurídica; el positivista, en cambio, lo hace al final, una vez identificado el Derecho, y lo hace porque, salvo en los casos de positivismo ideológico, está interesado en saber si existe una obligación moral de obedecer al Derecho[39]. Cuándo se tomen en consideración los juicios morales acerca del Derecho no determina de un modo definitivo, ni siquiera relevante, las acciones de los hombres si éstos no están dispuestos a seguirlos. Como otros muchos[40], soy de la opinión de que la cuestión acerca del concepto de Derecho se resuelve en el plano de los intereses cognitivos o científicos y no en el de los argumentos morales.

---

[38] García Figueroa, A. *Principios y positivismo jurídico*, CEC, Madrid, 1998, pág. 379.

[39] Farrell, M. D. "¿Discusión entre el derecho natural y el positivismo jurídico?", *DOXA* 21 (2001) Vol. II, págs. 121-128, cita en pág. 124.

[40] Entre los autores españoles, por ejemplo, Bayón, J. C. "El contenido mínimo del positivismo jurídico", *op. cit.*; Navarro, P. E. "Tensiones conceptuales en el positivismo jurídico", *op. cit.*; Dorado Porras, J. *Iusnaturalismo y Positivismo jurídico*, *op. cit.* o Escudero Alday, R. *Los calificativos del positivismo jurídico*, Civitas, 2004.

DESREGULACIÓN, ESTADO SOCIAL Y PROCESO DE GLOBALIZACIÓN*

Gema Marcilla Córdoba
Universidad de Castilla-La Mancha

RESUMEN. Uno de los factores más relevantes en la crisis de la "estatalidad" del Derecho es el creciente protagonismo de grupos y corporaciones, sobre todo económicos, en los procesos de creación de normas. Se trata de manifestaciones de pluralismo jurídico, que resultan de especial interés para explicar el fenómeno de la *desregulación*. Al contrario de lo que la expresión puede sugerir, la desregulación no equivale a la anomia, sino que se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas, propias del Estado social, por otras cuya función se limita a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que operan en el mercado. La desregulación suele justificarse en razones de eficiencia del mercado, pero también en razones de mayor legitimidad de las instancias públicas. Si bien la desregulación está cobrando importancia en el ámbito del Derecho estatal, es seguramente en el plano transnacional en el que más se advierte su presencia. Es más, cabría decir que la desregulación es la técnica normativa más característica de la sociedad global (piénsese en la nueva *lex mercatoria*): los agentes económicos que operan a escala global necesitan normas uniformes, adecuadas a los avances científicos y tecnológicos,

ABSTRACT. One of the most important factors in the crisis of production of law by the state public powers is, together with the supra and infra-production of legal norms phenomena, the increasing protagonism of groups and corporations, mainly economic, in the processes of creation of norms. It can be presented as an example of legal pluralism, which is of especial interest when explaining the "deregulation" phenomenon. In spite of what can be suggested by this expression, deregulation is not equivalent to anomia (the absence of rules), rather it is considered as the displacement of interventionist norms, existing in the Welfare State, by other norms whose function is to guarantee private autonomy and free competition between those who operate in the market. Deregulation is usually justified in terms of market efficiency, but also in terms of greater legitimacy of public bodies. Although deregulation is becoming increasingly important in the sphere of state law, it is in the international field where its presence is undoubtedly most noticeable. Furthermore, it could be said that deregulation is the paradigmatic normative technique found in global society (for instance, the new *lex mercatoria*): the economic agents who operate on a

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto PAI-05-055, financiado por la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

que doten de seguridad y protejan frente a la delincuencia a las transacciones comerciales, y muy especialmente necesitan normas que no pongan trabas al mercado. Éste es precisamente el tipo de Derecho que propicia la desregulación.

global scale need uniform norms which should be in accordance with scientific and technological breakthroughs, norms which should provide legal certainty and protect commercial transactions from delinquency, and they especially need norms which do not obstruct the market. This is precisely the type of law which results from deregulation.

I) Introducción

La ley estatal representa el monopolio del poder de creación del Derecho en una instancia dotada de legitimidad pública. Precisamente por ello la historia de esta categoría jurídica discurre en paralelo a la de la formación del Estado Moderno: durante la Edad Media la ley se ve obligada a convivir con otras fuentes del Derecho, hasta convertirse en el principal instrumento jurídico de los procesos revolucionarios que logran poner fin al Antiguo Régimen. La ley se convierte así en la fuente del Derecho por excelencia del decimonónico Estado liberal y, con las peculiaridades propias del constitucionalismo, conserva una posición preeminente en los ordenamientos jurídicos contemporáneos.

Sin embargo, esta descripción tradicional y habitual de la importancia de la ley estatal resulta cada vez menos representativa de la realidad jurídica. La "estatalidad" de las fuentes del Derecho es un rasgo en crisis, y así lo evidencian los diferentes procesos de descentralización normativa, como el que tiene lugar con la integración de ordenamientos jurídicos de ámbito territorial superior al Estado, o en virtud de la convivencia del Derecho estatal central con el producido por entes autonómicos o regionales de carácter infraestatal.

Junto a los factores mencionados, una de las causas más significativas del retroceso de la estatalidad del Derecho es el creciente protagonismo normativo de grupos y corporaciones, sobre todo de tipo económico, integrantes de la sociedad civil. Estas manifestaciones de pluralismo jurídico dentro del Estado resultan de especial interés para explicar el fenómeno de la llamada "desregulación", pues, al contrario de lo que la expresión puede sugerir, *no equivale a la anomia, sino que se identifica con el desplazamiento de normas intervencionistas por otras limitadas a asegurar la autonomía privada y la libre competencia entre sujetos que operan en el mercado*. En

efecto, grupos económicos, como las grandes empresas multinacionales, protagonizan uno de los procesos más significativos de adelgazamiento del poder normativo estatal. Su poder de influencia normativa se pone de manifiesto cuando las leyes son permeables a los intereses de estos actores económicos, pero también cuando las propias instituciones públicas consienten, propician o se ven obligados a aceptar procesos de desregulación. La desregulación suele justificarse en razones de eficiencia del mercado, pero también en razones de mayor legitimidad de las decisiones públicas, e incluso se sostiene que esta forma de producción normativa constituye una solución al desbordamiento del Estado asistencial, favoreciendo el funcionamiento y la mejor prestación de servicios a los ciudadanos.

La desregulación, pues, está cobrando importancia en el ámbito del Derecho estatal, pero seguramente los ejemplos más claros de desregulación se advierten en el plano transnacional, hasta el punto de que cabría decir que la desregulación es la técnica normativa más característica de la sociedad global (piénsese en la nueva *lex mercatoria*): los agentes económicos que operan a escala global necesitan normas uniformes, adecuadas a los avances científicos y tecnológicos, que doten de seguridad y protejan frente a la delincuencia a las transacciones comerciales, y muy especialmente necesitan normas que no pongan trabas al mercado. Éste es precisamente el tipo de Derecho que propicia la desregulación.

Sin duda, la desregulación ofrece interesantes ventajas para los sujetos económicos privados, pero esta emergente forma de producción del Derecho encierra también aspectos discutibles, siendo tal vez el más evidente el debilitamiento de la participación y de la representación en condiciones de igualdad de los intereses de los posibles afectados por estas normas de gestación, desarrollo y aplicación privadas. En el plano transnacional, el auge de la desregulación contrasta con un vacío de Derecho público internacional, que muchas opiniones autorizadas consideran que pone en riesgo aspectos básicos de la convivencia mundial, en la medida en que la ausencia o la ineficacia de las normas de Derecho internacional público, unidas al poder normativo de los sujetos económicos privados, aparte de dejar sin respuesta urgentes problemas globales, pone en auténtico peligro la propia paz y seguridad mundial[1].

---

[1] La *Declaración de Granada sobre la globalización* resalta que "la globalización es un fenómeno nuevo que ha colocado otra vez a la sociedad internacional en una especie de estado de naturaleza que necesita ser sometido a regulación", Jürgen Habermas, David Held y Will Kymlicka, Diario *El País*, "Opinión", 06 de Junio de 2005. Firman asimismo esta declaración Francisco J. Laporta, Nicolás López Calera, Manuel Atienza, William Twining, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli, Elías Díaz, Boaventura de Sousa Santos, Neil Maccormick, Paolo Comanducci, Zhan Wenxian, Uma Narayan, Larry May y otros 200 participantes en el XXII Congreso

II) La crisis de la estatalidad del derecho: los fenómenos de supra- e infraestatalidad normativa y la emergencia de los grupos económicos y sociales

El monopolio del poder de creación del Derecho por el Estado padece hoy una incuestionable crisis, que, en opinión de algunos autores, es además una crisis irreversible[2]. El retroceso de la estatalidad del Derecho se advierte, como es evidente, en relación con el modelo de legislación forjado en la Ilustración y asentado durante el Estado liberal de Derecho del siglo XIX y de parte del siglo XX. La ley estatal significó el ocaso del Antiguo Régimen y el comienzo de una etapa de modernización de las instituciones jurídicas, que tiende a establecer una regulación clara y previsible, general y abstracta, y por supuesto a eliminar las diferencias de régimen jurídico dentro de las fronteras de un Estado-nación claramente delimitado. Los filósofos y juristas que impulsaron la empresa codificadora partieron de la convicción de que el presupuesto de los avances en el terreno jurídico, económico y social era una legislación que, aparte de otras virtudes, tuviera un *origen exclusivamente estatal* y fuera *única* para el conjunto de sus ciudadanos. En este modelo, la ley estatal se convierte en la fuente del Derecho por excelencia, aunque desde luego su mayor prestigio obedece no sólo a la posesión de las características formales referidas, sino también y sobre todo a la conexión entre democracia y Derecho que esta fuente del Derecho representa: la ley concilia la autonomía de la moral con la heteronomía del Derecho, fundando la producción normativa en la coincidencia entre autores y destinatarios de las normas jurídicas.

En la práctica las leyes no se han ajustado plenamente a esas características que justifican su prestigio, ni siquiera en el Estado liberal decimonónico. De hecho, la idea de "crisis de la ley" o de "crisis del Derecho" no es nueva, sino más bien recurrente en la literatura jurídica contemporánea. Resulta sin embargo paradójico que las características de la *unidad*, *uniformidad* y *exclusividad* del ordenamiento estatal, siendo unas de las más arraigadas y efectivamente caracterizadoras del Derecho de los dos últimos siglos, últimamente son de las más deterioradas. A poco que se observe la realidad jurídica destaca el hecho de que el Estado ha dejado de controlar la producción de buena parte de las normas que disciplinan las relaciones jurídicas de sus ciudadanos. Algunas de estas normas proceden de ordenamientos de ámbito superior al del Estado; otras, de los sistemas jurídicos regionales que tratan

---

Mundial de Filosofía Jurídica y Social, reunido en Granada entre el 24 y el 29 de mayo para analizar los problemas del Derecho y la justicia en una sociedad global.

[2] L. Ferrajoli, ¿Es posible una democracia sin Estado?", en *Razones jurídicas del pacifismo*, Edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, p. 141.

de convivir en armonía con el Derecho estatal[3], y otras, en fin, tienen por autores a los propios sujetos privados que operan en el mercado.

En efecto, la llamada *supraestatalidad normativa* supone la creación de Derecho por instancias superiores al Estado, y el ejemplo paradigmático lo representa el Derecho de la Unión Europea, que implica la integración de las leyes de los Estados miembros con un conjunto de normas atípicas, el Derecho comunitario, que, como señala Fernández Tomás, como ordenamiento autónomo, diferenciado e independiente tanto del Derecho internacional como del Derecho interno de los Estados, posee "aplicabilidad directa", es decir, vigencia automática sin interposición del poder normativo nacional o estatal. En otras palabras, las instituciones comunitarias producen normas sobre las materias transferidas que son directamente fuente de derechos y obligaciones para los ciudadanos[4]. La *infraestatalidad normativa*, por su parte, supone el reconocimiento de autonomía normativa a entes políticos de ámbito territorial inferior al Estado, lo que da lugar a la convivencia de la ley con fuentes cuyo ámbito de vigencia o aplicabilidad se restringe a un territorio que no coincide con la totalidad del Estado, y a un círculo de destinatarios que, como es lógico, es más reducido que el afectado por el Derecho del Estado. Las leyes de los *Länder* en Alemania y de las *Regioni* en Italia, o de las Comunidades Autónomas en España, suponen procesos político-constitucionales de progresivo reconocimiento de las nacionalidades o regiones como entes territoriales que pueden contar con poderes políticos y normativos propios para regular y gestionar las cuestiones que afecten a su territorio y a los residentes en el mismo, velando por sus intereses frente al Estado y frente al resto de las nacionalidades o regiones, y dando lugar a una suerte de potestad legislativa compartida entre las clásicas instancias centrales y los entes políticos territoriales infraestatales[5].

---

[3] Como señala A. E. Perez Luño, "en las actuales sociedades interdependientes e interconectadas se ha erosionado y en ocasiones se ha llegado a abolir el protagonismo hegemónico y monopolístico de los Estados nacionales en la creación del sistema de fuentes del Derecho", A. E. Pérez Luño, *El desbordamiento de las fuentes del Derecho*, Discurso de ingreso en la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 1993, p. 78.

[4] Vid. A. Fernández Tomás, I. Forcada Barona, R. Huesca Vinaixa, A. Sánchez Legido, *Instituciones de Derecho Comunitario*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 174 y ss. Sin duda, la autonomía del Derecho comunitario plantea problemas desde el punto de vista de su incorporación y eficacia en los sistemas jurídicos nacionales, y a este respecto afirma L. Ferrajoli que el proceso de integración europea ha desplazado fuera de los confines de los Estados nacionales los centros de decisión tradicionalmente reservados a su soberanía, poniendo en crisis la tradicional jerarquía de las fuentes, "El Derecho como sistema de garantías", en L. Ferrajoli, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. cast. de P. Andrés y A. Greppi, Trotta, Madrid, 1999, p. 17.

[5] R. Jiménez Asensio, *La ley autonómica en el sistema constitucional de fuentes del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 28-32.

En resumen, la ley estatal, antaño suprema, exclusiva, y uniforme, se ve abocada en la actualidad a convivir con esas otras fuentes del Derecho, procedentes de organismos públicos de ámbito territorial superior o inferior al del estado, y que por diversos motivos cuentan con legitimidad política[6]. Hasta cierto punto, la pérdida del carácter único del Derecho estatal pondría de manifiesto un proceso inverso al de la construcción del Estado moderno: si éste se guió por el principio de no reconocer poder a ningún tipo de organización distinta (superior o inferior) al Estado, hoy se advierte un cambio en las relaciones políticas en el sentido de que el Estado necesita cooperar con otros Estados o con entes políticos territoriales, y ello se refleja en que cada vez más materias son objeto de competencias normativas concurrentes, cuando no cedidas o sustraídas por completo a la soberanía del Estado.

Pero el retroceso del monopolio estatal de las fuentes del Derecho resulta especialmente erosionado por el creciente protagonismo de las corporaciones y grupos económicos y sociales: los fenómenos de supra– e infraestatalidad normativa, aun cuando implican la revisión de la forma de ejercicio de la soberanía estatal, al menos siguen considerando al Estado un elemento clave de competencias normativas o reguladoras, es decir, no ponen en tela de juicio que las instituciones públicas se hagan cargo de la regulación de los asuntos de interés general. En cambio, el desplazamiento del poder normativo estatal es de otra naturaleza cuando consiste en la influencia o participación legislativa de los grupos portadores de intereses económicos y sociales. La relación entre los poderes públicos y los grupos sociales cambia (o se invierte) respecto del modelo clásico de representación política y de toma de decisiones legislativas y jurisdiccionales del Estado de Derecho: tales grupos confían en la autonomía normativa para la gestión de sus asuntos, más que en las regulaciones uniformes que puedan ofrecer las leyes, y prefieren los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos de base negociadora, como el arbitraje y la mediación, a las lentas instancias jurisdiccionales. La sociedad, el mercado, los grupos económicos, las corporaciones profesionales, etc., afirman su poder frente al Estado y las tradicionales instituciones político-representativas y administradoras de justicia se resignan a la pérdida de relevancia de la ley como instrumento de regulación. Aunque pueda sonar exagerado, insisto, el panorama presenta alguna semejanza con el Antiguo Régimen: la regulación común y uniforme

[6] En este sentido, destaca F. Laporta que la ley "ha llegado a perderse en una selva de normas jurídicas de una fuerza y un ámbito de validez equivalentes al de ella y que, sin embargo, no son producidas por ese órgano legislativo", "Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley", *Doxa* 22 (1999), p. 324.

que propicia la ley se ve poco a poco desplazada por un creciente pluralismo jurídico de origen social.

Ciertamente, la emergencia de grupos económicos y sociales como factor de crisis de la estatalidad del Derecho no es un fenómeno genuinamente nuevo. En realidad el Estado moderno nunca ha logrado evitar manifestaciones de pluralismo jurídico, y los distintos actores sociales nunca han dejado de intentar resolver por sí mismos los asuntos que les afectan y de influir en la producción del Derecho. A principios del siglo XX Santi Romano se expresaba en los siguientes términos[7]: aparecen "organizaciones y asociaciones, que, a su vez, tienden a unirse y coaligarse entre sí. Éstas se proponen los fines especiales más dispares, aunque todas ellas tienen el carácter común de reagrupar a los individuos con el criterio de su profesión o, mejor, de su interés económico"[8]. Y Klaus Günther, a los efectos de explicar el actual receso de la soberanía estatal en la producción del Derecho, considera indispensables las teorías del pluralismo jurídico, como las tesis de Ehrlich sobre la importancia y vinculatoriedad de la costumbre en paralelo al Derecho positivo del Estado[9].

Con todo, y aunque probablemente el pluralismo jurídico nunca haya dejado de existir, lo cierto es que hoy, por diversas circunstancias, algunas de sus manifestaciones se han intensificado. En concreto, parece fuera de toda duda que el repliegue de la ley estatal merced a normas de gestación privada se ha instalado en nuestros sistemas jurídicos: el legislador presta audiencia a grupos organizados que defienden intereses y acepta que influyan en la adopción de decisiones políticas, avala normas en cuya formación el propio legislador apenas ha intervenido[10], reconoce altas cotas de autonomía nor-

---

[7] S. Romano, "Lo Stato moderno e la sua crisi" (Discorso inaugurale dell' anno accademico 1909-1910), en el libro *Lo Stato moderno e la sua crisi. Saggi di diritto costituzionale*, Milán, Giuffrè, 1969. Vid. su tesis desarrollada en S. Romano, *El ordenamiento jurídico* (1919), introducción de S. Martín-Retortillo, Instituto de Estudios políticos, Madrid, 1963.

[8] Romano enumera una serie de organizaciones o asociaciones a las que juzgaba fuente de Derecho en competencia con la ley, y esa enumeración es bastante aproximada a la que haríamos en la actualidad. Así, el autor menciona federaciones o sindicatos de trabajadores, organizaciones patronales, industriales, mercantiles, de agricultores, de funcionarios, sociedades cooperativas, instituciones de mutualidad, cámaras de trabajo, etc., "Lo Stato moderno e la sua crisi", cit., p. 12.

[9] K. Günther, "Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho", *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 4 (2003), pp. 240 y ss.

[10] Uno de los supuestos paradigmáticos de "invasión" del espacio legislativo por los grupos sociales organizados seguramente lo representan los convenios colectivos. A ellos se refiere N. Irti: si en la época del legalismo el valor del contrato se mostraba diciendo que éste "*tiene fuerza de ley entre las partes*", en esta nueva era del pluralismo jurídico, en la que determinadas fuentes del Derecho obtienen "energía vinculante, no ya de los poderes constitucionales, sino

mativa a ciertos sujetos privados para la gestión de sus asuntos y, en fin, admite la negociación como vía de solución a sus conflictos.

III) Desregulación y estado social

El contexto que acaba de describirse de emergencia de grupos integrantes de la sociedad civil, portadores de intereses, sobre todo económicos, y, por consiguiente, de crisis de la soberanía y de la ley estatal, resulta de gran utilidad para explicar la "desregulación". La expresión denota cierta ambigüedad, pero tal vez convenga señalar que, pese a lo que a primera vista el término pudiera sugerir, no alude a la ausencia de normas, sino a un peculiar estilo de producción normativa, caracterizado por una reducción de normas de carácter público e intervencionista, que contrasta con la relevancia que el propio Estado por diversas vías concede a la autonomía normativa del sector privado[11]. La desregulación no se identifica, empero, con la anomia, sino con la sustitución de una legislación intervencionista, que adopta medidas políticas para influir y modificar las estructuras sociales y económicas, por otra abstencionista, tolerante con las normas procedentes de los propios agentes económicos y sociales, y limitada a garantizar la vigencia de las reglas de juego del libre mercado, en especial la libre competencia o igualdad de oportunidades entre sujetos económicos privados. En este concepto de desregulación tendría cabida, por ejemplo, la derogación de normas estatales que establecen privilegios en favor de entes públicos que compiten en el mercado[12], aunque no toda manifestación de la desregulación tiene como consecuencia una disminución del volumen de normas, sino que a veces sucede todo lo contrario.

La desregulación, que desde el punto de vista teórico-jurídico puede considerarse una manifestación del pluralismo jurídico, desde el punto de vista filosófico-político suele vincularse al proyecto político neoliberal y a la práctica de privatización de los servicios públicos. La privatización implica un modelo de organización económica inverso al del Estado social, basado en la devolución por parte de los poderes públicos de la producción de bienes y la prestación de servicios a los sujetos privados. La vía para la privatización es justamente la sustitución del régimen jurídico intervencionista e impulsor de lo público por uno abstencionista y "restaurador"

---

del previo acuerdo entre los grandes grupos organizados", la frase se invertiría diciendo que la ley "*tiene fuerza de contrato entre las partes", La edad de la descodificación*, trad. de L. Rojo Ajuria, pres. de A. Luna Serrano, Bosch, Barcelona, 1992, pp. 30-31.

[11] J. R. Capella, *Fruta prohibida.Una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado,* Trotta, Madrid, 1997, p. 267.

[12] Vid. J. E. Soriano García, *Desregulación, privatización y Derecho Administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1993, pp. 9-13.

de lo privado, o, lo que es lo mismo, la desregulación[13]. En resumen, la desregulación se asocia a políticas neoliberales, que propugnan la reducción del papel de los poderes públicos en el control de los mercados, mediante una legislación destinada a velar particularmente por la prosperidad de la empresa privada y tendente a reducir lo más posible las obligaciones o responsabilidades empresariales (cargas fiscales, salarios, vacaciones, bajas laborales, protección medioambiental, etc.)[14].

Ciertamente junto a esta imagen de la desregulación como instrumento de la privatización y como fórmula legislativa del proyecto político neoliberal, existen otras lecturas de la misma que se resisten a ver en ella una quiebra del Estado social. A modo de ejemplo puede destacarse buena parte de la literatura jurídica administrativista a propósito de la llamada "autorregulación regulada". Ésta representaría una especie dentro del género "desregulación", que consiste en la tolerancia por parte de los poderes públicos de las normas gestadas en el ámbito privado, pero con el objetivo de tales normas sirvan para cumplir fines de interés general. Aquí la desregulación no implica tanto el adelgazamiento de las funciones estatales, cuanto una nueva forma, más eficaz, de llevar a cabo las tareas propias del Estado social.

La autorregulación regulada es, en efecto, distinta de la autorregulación a secas: esta última consiste en la ordenación de aspectos básicos del funcionamiento del mercado a través de decisiones que excluyen a los poderes públicos, pues parten de los mismos operadores económicos que actúan en el mercado[15]. En cambio, en el caso de la autorregulación regulada, las

---

[13] Ibíd., pp. 13-18.

[14] Como resalta J. R. Capella, liberar al empresario de obligaciones en el contrato de trabajo propicia la aparición de muy diversos estatutos laborales, que establecen diferencias por razón de sexo, discriminando a las mujeres; por razón de edad, discriminando a los mayores de 40 años; por razón de nacionalidad, discriminando a los inmigrantes, etc., *Fruta prohibida*, cit., p. 268.

[15] Vid. S. Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2004, p. 1249. J. Esteve Pardo precisa el significado del concepto autorregulación distinguiendo dentro de estas normas que los agentes económicos se dan a si mismos tres categorías: en primer lugar, pautas normativas con cierto grado de abstracción (normas técnicas, protocolos o códigos de conducta); en segundo lugar, acuerdos o decisiones singulares; y en tercer lugar, vías de solución de conflictos, generalmente el arbitraje o la mediación, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 15. M. M. Darnaculleta analiza las materias que suelen ser objeto de autorregulación, y señala que suele tratarse de la disciplina de cuestiones altamente especializadas en lo que respecta al manejo de conocimientos o de técnicas. La autorregulación consiste, pues, en la "actividad privada de producción y control de normas bajo la responsabilidad de quienes las elaboran, aplican o controlan", y una de sus características fundamentales es que se inspira en la *lex artis*, esto es, en "las pautas de conducta adecuadas en el quehacer cotidiano de una actividad que requiere la aplicación de ciertos conocimientos científicos, técnicos o éticos, o, cuanto menos, de un cierto grado de especialización", *El Derecho administrativo y la autorregulación: la autorregulación*

autoridades estatales toleran las normas gestadas en el ámbito privado, pero con el objeto de servirse luego de ellas para cumplir fines públicos[16]. Se trata de un método de regulación indirecta: el Estado renuncia a establecer por si mismo el régimen jurídico de algunas materias (especialmente aquellas de elevada complejidad técnica o que plantean importantes problemas éticos), aunque previamente disciplina el contexto en el que ha de tener lugar la actividad normativa de los sujetos privados (contenido mínimo de la regulación o requisitos que debe cumplir, órganos encargados de elaborarlas, los efectos públicos de las mismas), asumiendo los resultados de estos últimos, esto es, los instrumentos de regulación gestados en el ámbito privado, tales como códigos deontológicos, códigos de comportamiento, normas técnicas. Así, la característica que identifica a la autorregulación regulada es la *cooperación* entre el Estado y los sujetos económicos privados, a fin de cumplir de forma más eficaz y eficiente los intereses generales[17]. Por lo demás, la autorregulación regulada es una técnica normativa frecuente, por ejemplo, en materia financiera, donde a menudo tiene lugar el recurso a los "reglamentos internos de conducta", que, por cierto, también han cobrado importancia en la regulación de los servicios de la sociedad de la información. Asimismo, en materia de productos industriales y de prevención y control de la contaminación es usual el reenvío a normas de calidad y de técnicas de seguridad[18].

---

regulada, publicado en formato electrónico en TDX, Tesis Doctorals en Xarxa, Universidad de Girona, 2003 *(www.tdcat.cbuc.es),* p. 474 y 417.

[16] Vid. M. M. Darnaculleta Gardella, *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, cit.; Esteve Pardo, J., *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Navarra, 2002; J. Cantero Martínez, "La incidencia de la técnica y de las transformaciones sociales en el Derecho Administrativo: el recurso a la llamada *autorregulación regulada*" (en prensa).

[17] J. Cantero Martínez, "La incidencia de la técnica y de las transformaciones sociales en el Derecho Administrativo", cit., p. 35.

[18] En materia de *seguridad y calidad industrial*, la ley de industria 21/1992, de 16 de julio, permite que sujetos privados realicen funciones públicas de homologación o normalización industrial, certificación y acreditación, vid. sobre este tema J. A. Carrillo Donaire, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 15. En materia *financiera*, la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (con importantes modificaciones establecidas por la ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero), supone una apertura a la autorregulación regulada, potenciada desde las instancias comunitarias. Así, el reglamento que desarrolla la ley impone la redacción de códigos de conducta a quienes realicen actividades relacionadas con los mercados de valores. El objeto de tales códigos es elaborar pautas cuyos destinatarios sean los órganos de administración, sus empleados y representantes de las entidades que intervienen en el mercado de valores, a fin de solucionar problemas de comportamiento, velando por el interés de los inversores y el buen funcionamiento y transparencia de los mercados, la buena fe, la imparcialidad, la información clara, correcta, precisa y suficiente a los clientes. El reglamento regula un código general

La autorregulación regulada se justifica en *eficacia* no tanto de la economía, cuanto de los propios poderes públicos, y es por ello una de las técnicas de desregulación menos perjudiciales (o que mejor enmascaran) la quiebra del Estado social: asumir los frutos de la autorregulación de los sujetos privados representa un camino para lograr de modo más eficaz y eficiente los propios objetivos del Estado social, paliando el desbordamiento de las autoridades ante la ingente cantidad de tareas que les corresponden en ejercicio de sus funciones[19], y prueba de ello es la autorregulación regulada predomina en ámbitos, como he señalado, de alta complejidad científica o técnica (industria, sociedad de la información e internet, finanzas, protección del medio ambiente), o que plantean problemas éticos (sanidad).

Desde esta perspectiva de la mayor eficacia o eficiencia de los poderes públicos, la desregulación puede conectarse con la aparición de un nuevo modelo de Estado, el llamado "Estado regulador", que representa una alternativa tanto al Estado garante (liberal) como al Estado gestor/protector (Estado social)[20]. El Estado regulador solventa muchos de los problemas del Estado social, como falta de eficiencia, de fundamento de su paternalismo protector, hiperregulación, elefantiasis de los órganos públicos, multiplicidad incontrolable de demandas sociales, etc., y otros muchos que se agudizan en un contexto de preocupación por la eficiencia de los mercados en un marco económico supranacional. Con las viejas fórmulas de organización estatal, los poderes públicos ni manejan bien los criterios de eficiencia, ni tienen mucho margen de control y de acción, pues se encuentran limitados

---

de conducta, cuya base son las "Normas de Conducta" surgidas en las reuniones del *Comité Técnico de la Organización Internacional de Comisiones de Valores* (IOSCO), y si bien la redacción de los códigos de cada entidad es obligatoria, el reglamento permite que puedan ser elaborados por asociaciones profesionales que agrupen a las personas o entidades que intervienen en un concreto ámbito financiero. La CNMV es la encargada de realizar el control de tales reglamentos. Como ejemplo de código de comportamiento puede aludirse al "Código de Buen Gobierno", código ético para los consejos de administración de las sociedades que negocian en bolsa. Elaborado por una comisión de expertos promovida por la CNMV, es calificado de "ético" y es de carácter voluntario, ya que son las propias entidades las que deciden su aplicación. Otro reglamento (el RD 303/2004, de 20 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de los Comisionados para la Defensa del Cliente de Servicios Financieros) y una orden ministerial (la Orden ECO 734/2004, de 11 de marzo, sobre los Departamentos y Servicios de Atención al Cliente y el Defensor del Cliente de las Entidades Financieras) obligan a que las entidades financieras instituyan unidades de atención al cliente, para la tramitación y resolución de quejas de los particulares.

[19] Vid. J. Martínez Cantero, "La incidencia de la técnica y de las transformaciones sociales en el Derecho Administrativo", cit., p. 5.

[20] Vid. F. Laporta, "Teoría y realidad de la legislación: una introducción general", en A. Menéndez Menéndez (Dtor.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de Derecho*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 44 y ss. Laporta hace referencia aquí al libro de A. La Spina y G. Majone, *Lo Stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000.

al ámbito nacional, cuando los procesos económicos tienen carácter supranacional. En este panorama surge la alternativa del *Estado regulador,* que, como señala Laporta, *sin ser protagonista de la economía es un actor privilegiado en la articulación de las condiciones de posibilidad del mercado; en la corrección de los fallos del mercado*[21].

Junto a las razones o reivindicaciones de eficacia y eficiencia de los poderes públicos, el discurso de la desregulación suele apelar a razones de *legitimidad del Estado ante la sociedad civil*[22]. Así se deduce de las palabras de S. Muñoz Machado, para quien el gran hallazgo de formas de desregulación como la autorregulación regulada es que no implica fractura entre el Estado y la sociedad, sino la confluencia entre intereses públicos y privados. El Estado tolera la emergencia de la sociedad civil y su capacidad creadora de normas y la utiliza para el cumplimiento de los fines públicos[23]. En palabras del autor: "el Estado retrocede y abre nuevos espacios a la actuación de las organizaciones de base privada. Lo hace, sin embargo, procurando que esta acción privada sea complementaria y, desde luego, conducida hacia objetivos de interés público, aunque al mismo tiempo satisfagan aspiraciones legítimas relativas al mejor desarrollo de actividades privadas"[24]. La autorregulación regulada –escribe Darnaculleta Gardella– se convierte en una técnica "que permite a los poderes públicos reequilibrar su poder frente

---

[21] En palabras de Laporta, el Estado gestor se identifica con "un nuevo tipo de Estado que, sin ser incompatible con la seguridad jurídica que proporciona el Estado garante y sin renunciar a muchas de las dimensiones redistributivas y de integración social del Estado protector, evite sin embargo los obstáculos internos y los frenos burocráticos que caracterizan a este último", "Teoría y realidad de la legislación", cit., p. 44. "En términos generales puede decirse que, por comparación con el Estado gestor, el Estado regulador cumple funciones de corrección de fallos del mercado en lugar de funciones de redistribución y estabilización macroeconómica,… renuncia a la dirección ministerial y a las empresas en manos públicas", Ibíd., p. 45.

[22] Vid. M. M. Darnaculleta Gardella, *Derecho Administrativo y autorregulación: la auto rregulación regulada*, cit., pp. 531 y ss.

[23] S. Muñoz Machado, *Tratado...*, cit., p. 1253.

[24] S. Muñoz Machado, *Tratado…*, cit., p. 1253. En un plano más amplio que el de la actividad normativa de la Administración, P. Salvador Coderch manifiesta una opinión semejante a la de Muñoz Machado, al señalar que la legislación del siglo XXI requiere tomar buena nota de la "teoría económica de la regulación", entre otras cosas porque ésta contempla la influencia que en la elaboración de las leyes poseen de hecho los grupos de intereses, así como el hecho de que la negociación entre los poderes públicos y los grupos de intereses, y entre los poderes públicos mismos, tiene una importancia crucial en la elaboración de leyes y disposiciones jurídicas de carácter general. A su juicio, la negociación contrarresta el poder coactivo del Estado: la adopción de una decisión en virtud de acuerdos en lugar de por la fuerza de la jerarquía es vista como un modo más legítimo de tomar decisiones públicas, siempre y cuando en tal negociación esté garantizada una suficiente transparencia y se adopten las necesarias cautelas para neutralizar los eventuales conflictos, P. Salvador Coderch, "Técnica legislativa y teorías de la regulación", en A. Menéndez Menéndez, *La proliferación de las leyes: un desafío para el Estado de Derecho*, cit., pp. 225-226.

al creciente poder de la sociedad, legitimar su actuación utilizando los propios argumentos de legitimación de la sociedad y estructurar las relaciones sociales con una intensidad desconocida históricamente"[25]. Ante argumentos de este tipo, no es de extrañar, por tanto, que otros autores estimen que esta forma de desregulación que supone la autorregulación regulada, más que conectarse con una nueva fase del Estado social, encubre el proyecto político neoliberal que demanda el drástico adelgazamiento de los poderes públicos[26].

Pero dejando a un lado si determinadas formas de desregulación representan la fórmula más satisfactoria de que hoy disponen los propios poderes públicos para responder a los retos del Estado social en una sociedad cada vez más sofisticada y compleja, o si, por el contrario, se confirman las sospechas que las vinculan con los planteamientos políticos liberales más radicales, lo cierto es que estas manifestaciones de desregulación abren el debate en torno a los riesgos para las garantías ligadas a la democracia y al Estado constitucional de Derecho. Cuando menos, la emergencia de la sociedad civil propicia una legislación concertada o pactada con las instituciones estatales, sin suficientes garantías de participación e igualdad de armas para todos los grupos sociales. Estas formas de legislación "pactada" o "concertada" entre el parlamento y los grupos portadores de intereses económicos, corporaciones profesionales, asociaciones patronales y sindicales, etc., si bien pueden valorarse positivamente por cuanto favorecen una participación más directa y, en consecuencia, amplían "los potenciales de legitimación, cohesión y paz social", han de ser examinadas con cautela, pues la participación en el concierto legislativo es restringida y desigual, produciéndose el riesgo de subordinación de los intereses generales "bajo presión no fácilmente soportable" a los de "las más fuertes corporaciones, con residuos de democracia casi orgánica"[27].

---

[25] M. M. Darnaculleta Gardella, *Derecho Administrativo y autorregulación: la autorregulación regulada*, cit., p. 27.

[26] Vid. O. Mir Puigpelat, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2004, pp. 95 y ss.

[27] E. Díaz, "Estado de derecho y legitimidad democrática", "Estado de Derecho y legitimidad democrática", en E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), *Estado, justicia y derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002., p. 93. Una posible solución a este problema podría ser un modelo de legislación que, siguiendo la sugerencia de E. Díaz, completara y equilibrara la influencia de las corporaciones económicas o profesionales con la participación de los nuevos movimientos sociales y de las plurales organizaciones no gubernamentales. Se trataría, en definitiva, de "pasar del corporativismo al cooperativismo, de una exclusiva ética de la competición o de la competencia... a una ética también de la colaboración y la solidaridad", para lo cual, además, no basta con articular la presencia de la sociedad civil, sino que es imprescindible la acción

Y la desregulación, aparte de convertir a los agentes económicos en interlocutores privilegiados o directamente en colegisladores, tiene como resultado la delegación de muchas funciones públicas en manos de agencias privadas independientes, que toman decisiones con arreglo a criterios técnicos (al menos en apariencia) de justificación y que son irresponsables política y electoralmente[28]. Y cabe sin duda preguntarse si no se traiciona el principio de legalidad cuando se recurre a normas dictadas por particulares para desarrollar las disposiciones legales, teniendo en cuenta que la remisión a las normas privadas comprende incluso la disciplina de infracciones y sanciones[29].

En definitiva, pese a lo que la expresión "desregulación" pudiera sugerir, no se identifica con la ausencia de normas –ni siquiera con una disminución del volumen de éstas–, sino con la sustitución de una legislación intervencionista en beneficio de normas de tipo abstencionista, y con la tolerancia o cooperación con la iniciativa normativa privada. La desregulación pone de manifiesto la emergencia de grupos económicos y sociales en la elaboración de las normas, y se une a otros fenómenos de supra– e infraestatalidad normativa, para evidenciar la crisis de la estatalidad del Derecho. Si bien puede considerarse una manifestación de un pluralismo jurídico que seguramente el Estado nunca ha podido realmente neutralizar, cabe señalar que hoy las manifestaciones del pluralismo jurídico en general, y la desregulación en particular, erosionan de modo más intenso el monopolio estatal de las fuentes del Derecho y la soberanía del Estado. La desregulación suele conectarse al proyecto político neoliberal, pero también a nuevas versiones del Estado social que buscan soluciones (como la autorregulación regulada) al desbordamiento de los poderes estatales a la hora de afrontar eficazmente los problemas que acucian a sociedades cada vez más complejas y tecnificadas. La desregulación, como manifestación de la tolerancia del Estado a la creación de normas jurídicas por los particulares, puede valorarse positivamente en la medida en que dota de mayor legitimidad a las decisiones públicas, que toman en cuenta los intereses de los afectados, pero no deja de plantear

---

de las instituciones político-jurídicas (parlamento, administración, tribunales de justicia, etc.), Ibíd., p. 98.

[28] F. Laporta, "Teoría y realidad de la legislación: una introducción general", cit., p. 45.

[29] Son reveladoras en este sentido las palabras de Alejandro Nieto, señalando motivos nuevos y distintos de crítica a los poderes públicos: "la Administración Pública, antes tan enérgica, ha terminado rindiéndose ante unos intereses capitalísticos que, para mayor fuerza, superan las barreras nacionales. Y es aquí cabalmente donde está el mayor peligro. La nueva misión del Derecho Administrativo consiste, por tanto, en defender a los ciudadanos y a la Administración de las eventuales (y reales) agresiones de los grupos privados, mucho más poderosos que las propias Administraciones", A. Nieto, "Recensión al libro de J. Esteve Pardo, *Autorregulación. Génesis y efectos*", *Revista de Administración Pública*, 160 (2003), p. 429.

interrogantes y problemas desde el punto de vista de la representación de todos los intereses en condiciones de igualdad.

IV) La desregulación como técnica normativa paradigmática de la sociedad global

Hasta aquí se ha tratado de mostrar que la desregulación puede considerarse una manifestación de pluralismo jurídico estatal, cuyo caldo de cultivo es la relevancia que los grupos portadores de intereses, sobre todo económicos, cobran en la creación del Derecho. Pues bien, desde esta perspectiva, esta forma peculiar de dar origen a normas adquiere un lugar destacado a la hora de analizar las transformaciones del Derecho en la globalización[30]. En particular, la desregulación adquiere importancia como modo de producción del Derecho, en la medida en que la globalización pudiera caracterizarse por la afirmación del poder de sujetos del mundo financiero y empresarial frente al poder del Estado. Así, L. Ferrajoli menciona la desregulación o, en sus propias palabras, el vacío de Derecho público, como la principal manifestación de la globalización en el plano jurídico internacional.

> "El principal efecto de la crisis del Estado en el plano internacional ha sido la producción de un *vacío de derecho público*. Esto es, la ausencia de reglas, de límites y vínculos que garanticen la paz y los derechos humanos frente a los nuevos poderes transnacionales, públicos y privadas, que han depuesto a los viejos poderes estatales o que, en todo caso, han conseguido liberarse de sus funciones de gobierno y de control. Pienso incluso que la propia globalización de la economía puede ser identificada, en el plano jurídico, con este vacío de un derecho público internacional capaz de disciplinar los grandes poderes económicos transnacionales. *Obsérvese que no se trata de un vacío de derecho, que no puede existir nunca, sino de un vacío de derecho público que inevitablemente ha sido colmado por un plexo normativo de derecho privado*, es decir, por un derecho de producción contractual que ha pasado a sustituir a las fuentes jurídicas tradicionales y que refleja, con frecuencia, la ley del más fuerte", L. Ferrajoli, "¿Es posible una democracia sin Estado?", cit., p. 142 (cursiva añadida).

Excede las posibilidades de este trabajo analizar y confrontar las distintas tesis sobre la globalización o mundialización. Por ello, aquí fundamentalmente se usará una cierta concepción de los cambios que ha producido la globalización –la que, entre otros, sostienen D. Held y A. Macgrew– a los efectos de dar cuenta de ciertos factores que, en efecto, hacen de la des-

---

[30] Así, W. Twining insiste en tener en común con B. S. Santos que ambos tratan las manifestaciones del pluralismo jurídico como fenómenos centrales del Derecho, sobre todo si éste se considera desde una perspectiva global, W. Twining, *Derecho y Globalización*, Est. Prelim. De O. Guardiola-Rivera y C. Sandoval, Bogotá, Universidad de Los Andes-Facultad de Derecho, 2003, pp. 211-291.

regulación el modo de creación del Derecho paradigmático en la sociedad global[31].

Un significado extendido del término globalización es la "tendencia de los mercados y de las empresas a extenderse, alcanzando una dimensión mundial que sobrepasa las fronteras nacionales"[32]. Sin lugar a dudas, es en el ámbito económico donde se producen con mayor intensidad procesos globales: la economía opera como "la fuerza impulsora de la globalización contemporánea, y no se puede realizar una conceptualización respecto de la naturaleza y modelo de globalización sin hacer referencia a este aspecto"[33]. Sin embargo, parece aconsejable examinar la globalización desde una perspectiva más amplia que la económica, en la línea de D. Held y A. Macgrew[34]. Desde esta óptica, *la globalización se identifica con cambios significativos, profundos o estructurales en la escala o ámbito de las relaciones sociales, económicas, políticas, así como en sus principios organizativos*. Las manifestaciones más importantes de la globalización serían, a juicio de los autores citados, el crecimiento de las corporaciones multinacionales, los mercados financieros mundiales, la difusión de las culturas y la importancia de la degradación medioambiental global. En definitiva, la globalización representa un fenómeno esencialmente económico, aunque sostenido en varios pilares, de tipo ideológico (filosofía liberal o neoliberal), político (difuminación de las fronteras estatales y debilitamiento del Estado como monopolizador del poder dentro de las mismas), tecnológico (el espectacular desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, y en especial de la red[35]), y jurídico (el surgimiento de normas transnacionales

[31] A este respecto, indica M. Atienza que la globalización se vincula a la ideología neoliberal, a la privatización y a la tendencia jurídica a la desregulación, *El sentido del Derecho*, Barcelona, Ariel, 2001, p. 127-129.

[32] Esta es la definición que aparece en la última edición del *Diccionario de la Real Academia Española*.

[33] D. Held y A. Mcgrew, "Globalización: tendencias y opciones", *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 158.

[34] D. Held y A. Mcgrew, *Globalización/Antiglobalización. Sobre la reconstrucción del orden mundial* (2002), Paidós, Barcelona, Buenos Aires, México, 2003, pp. 13 y ss.

[35] Precisamente la regulación de la red o, más exactamente, de las actividades que tienen lugar a través de la misma (prestación de bienes y servicios, suministro de información, transmisión de datos, etc.), representa, en opinión de algunos, el campo paradigmático de uso de la técnica normativa desreguladora: la red es un instrumento que nació libre y en esa libertad ha encontrado y encuentra su formidable desarrollo, de modo que "la reglamentación debe limitarse a lo estrictamente necesario para conseguir unos objetivos definidos y un marco claro y previsible, que dé seguridad a los operadores y usuarios", S. Muñoz Machado, *La regulación de la red. Poder y Derecho en internet*, Taurus, Madrid, 2000, p. 54.

y en buena medida elaboradas por los propios sujetos privados que operan en el mercado global).

Frente a lo que sostienen algunos autores, *el discurso de la globalización ni exagera la trascendencia y la novedad de los cambios, ni resulta conveniente presentarlo como un mero discurso ideológico al servicio del capitalismo occidental*. En efecto, por un lado, la globalización entraña procesos distintos a los de internacionalización y regionalización: se manifiesta en relaciones que se desarrollan y organizan más allá del ámbito de las fronteras o del territorio de un país, pero no se trata de un aumento o una mayor intensidad en las relaciones interestatales, ni tampoco de un crecimiento de los procesos de agrupación de Estados contiguos geográficamente, porque la globalización entre otras cosas desafía el propio principio de organización de las relaciones políticas, económicas y sociales en el que se basan tales fenómenos de internacionalización y regionalización, a saber, el Estado nacional. Por otro lado, reducir la globalización a un nuevo estadio del capitalismo parece simplificador en exceso, porque realmente se están produciendo una serie de cambios en la escala o dimensión de las relaciones sociales, por más que a menudo el discurso globalizador pueda estar al servicio de fuerzas económicas, políticas y sociales muy poderosas de occidente. En otros términos, si efectivamente están produciéndose cambios cualitativos en las relaciones económicas, sociales y políticas, entonces resulta preciso interrogarse a modo de reto o desafío por nuevos principios organizativos idóneos para afrontar las transformaciones del siglo XXI con garantías semejantes a las que ofrecía el modelo del Estado de Derecho, y ello sin perjuicio de que al mismo tiempo se pueda levantar acta o criticar los beneficios que determinadas fuerzas económicas y sociales obtienen de la globalización o de ciertos discursos a propósito de la misma[36].

Resumiendo, la globalización, que representa un cambio efectivo, significativo o profundo en la escala de la interacción social, y que tiene como fuerza impulsora los procesos globales en el ámbito de la economía, desafía al Estado como clave de la organización de las relaciones políticas, y por consiguiente, erosiona el monopolio estatal de la creación y de la aplicación del Derecho. La globalización plantea por ello la necesidad de reflexionar sobre las transformaciones del modelo de Estado y de Derecho que demanda la sociedad global.

Pues bien, precisamente una de las propuestas de transformación del modelo de Estado y de Derecho es, en palabras de K. Günther, la "sociedad

[36] D. Held y A. Mcgrew, *Globalización/Antiglobalización*, cit., pp. 17 y ss.

global de Derecho privado"[37], y *de facto* la desregulación puede considerarse una manifestación de esa propuesta. La desregulación, que en línea de principio se conecta a la crisis del Estado social por la emergencia de los sujetos económicos privados, se consolida como técnica productora de normas predilecta en la sociedad global[38]. Y resulta comprensible que esto suceda, en la medida en que la globalización propicia, como se desarrolla a continuación, que los agentes económicos privados que operan a escala mundial logren hacerse impermeables o escurridizos a las legislaciones estatales, se rijan por normas creadas por ellos mismos sobre la base de negociaciones, y que crezca su influencia e importancia sobre los poderes públicos de los Estados. El resultado es la proliferación de normas privadas y sistemas de resolución de conflictos al margen de las instancias públicas, de legislaciones estatales tendentes a eliminar en la mayor medida posible barreras u obstáculos que perjudiquen la libertad y la prosperidad de los sujetos económicos; legislaciones estatales deferentes hacia las normas gestadas en el ámbito privado (incluso haciendo uso de ellas para la obtención de fines de interés general) y sensibles a sus intereses otorgando a empresas o bancos el estatuto de actores en procesos de negociación[39].

---

[37] Con todo, K. Günther se apresura a señalar que este modelo político y jurídico tiene que luchar "con los problemas de una totalización de la economía, con la cuestionabilidad de la teoría económica que supuestamente se aplica a sí misma, privada de crítica política, así como con las crisis económicas reales de la globalización", "Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad", cit., p. 256. Por ello, frente a este y también frente a otros modelos propuestos, Günther, siguiendo a Habermas, postula un Código Universal de la Legalidad: el Código Jurídico, contingentemente institucionalizado en la forma de Estado nacional democrática, tiene que dar paso a un Código Universal de la Legalidad en el curso de la globalización, en el que las determinaciones y fijaciones concretas son "negociadas" por los participantes, Ibíd., pp. 250-252.

[38] La desregulación es vista por C. Berzosa Alonso-Martínez como uno de los principales instrumentos del proyecto neoliberal y neocapitalista que supone la globalización: la globalización, escribe el autor, "es un proceso en el que se pretende eliminar las barreras físicas y reglamentarias, que entorpezcan la libre circulación de mercancías y de capitales, y de todo lo que suponga alguna traba para la reproducción del capital". Los "tres principales factores de impulso son la liberalización, privatización y desregulación", "Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas", *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 134.

[39] Así, para D. Held y A. Mcgrew, una de las manifestaciones más evidentes de la globalización política es la "creciente involucración de instituciones públicas y privadas en la elaboración de normas". Siguiendo a Teubner, señalan que en diversos sectores del orden global, han surgido foros de elaboración de normas, la mayoría nacidos para la "estandarización técnica, la elaboración de normas profesionales, la regulación interna de las multinacionales, y, a través de la contratación mercantil, el arbitraje y otros elementos de la *lex mercatoria*". "La combinación de actores públicos y privados –prosiguen los autores– está reconfigurando la base a partir de la que se están elaborando normas y sistemas normativos… Ya no existe una separación rigurosa entre trámites y mecanismos legales públicos y privados, nacionales e internacionales, y

Las repercusiones jurídicas de los cambios institucionales producidos por la globalización han sido analizadas por J. R. Capella, y en particular este autor conecta la desregulación jurídica con tres características de los agentes económicos que protagonizan procesos globales: *a)* su carácter transnacional, *b)* su necesidad de encontrar un marco normativo operativo y uniforme, y *c)* su creciente capacidad de presión sobre los gobiernos[40].

a) Comenzando por el *carácter transnacional de los agentes económicos que protagonizan procesos globales*, Capella señala que la "mundialización" ha afectado al Estado, convirtiéndolo en permeable, abierto o subalterno a las influencias de un soberano de carácter "privado", "supraestatal" y "difuso". Este poder metaestatal se encuentra en el conjunto de empresas transnacionales y en los conglomerados financieros. Por eso, desde el punto de vista de la legislación estatal, la crisis de la soberanía del Estado se manifiesta en su escasa o nula influencia a la hora de disciplinar las actuaciones de agentes económicos de ámbito superior al nacional. En efecto, las empresas y operadores financieros de carácter transnacional escamotean fácilmente las normas estatales. Se afincan en paraísos fiscales para evadir impuestos y trasladan la fase de elaboración de sus productos a aquellos países en los que no se sanciona eficazmente ni el trabajo infantil, ni las largas jornadas e indignas condiciones de trabajo, ni la contaminación[41]. En realidad, la existencia de paraísos normativos se explica porque los Estados se ven obligados a competir entre sí por medio de regulaciones que favorecen las inversiones y actuaciones económicas en su territorio, a base de legislaciones liberalizadoras, bajando los impuestos que gravan a las empresas y flexibilizando las normas sociales; en suma, sustituyendo normas de tipo intervencionista y asistencial por normas inspiradas en el *laissez faire*. En otras palabras, la desregulación es una respuesta de los Estados nacionales al *forum shopping*, o búsqueda del ordenamiento más favorable por parte de las empresas multinacionales[42].

b) En segundo lugar, Capella destaca otra circunstancia que propicia la desregulación en la sociedad global, a saber: *los agentes económicos necesi-*

---

los modelos de legislación y aplicación de la ley ya no se ajustan con facilidad a la jerarquía unificada de los sistemas de Estado", D. Held y A. Mcgrew, "Globalización: tendencias y opciones", *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002, p. 173

[40] J. R. Capella, *Fruta prohibida*, cit., pp. 260 y ss.

[41] C. Berzosa Alonso-Martínez, "Los efectos negativos de la globalización y propuestas alternativas", *La globalización económica. Incidencia en las relaciones sociales y económicas*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2002,pp. 141-143

[42] Vid. K. Günther, "Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad: la globalización como problema de Teoría del Derecho", cit., p.231.

tan un marco normativo uniforme a escala global. En efecto, que los sujetos económicos escapen a las normas estatales y al mismo tiempo coarten a los Estados en contra de barreras normativas a su prosperidad no significa que puedan prescindir de marcos normativos (ni de mecanismos de resolución de conflictos), pero sí que predomine la iniciativa privada. Los propios sujetos económicos estiman que son quienes mejor conocen sus necesidades e intereses, de modo que no confían dicha tarea al Estado, sino que optan por la autonormación. Una de las manifestaciones más claras de esta forma de desregulación es la *nueva lex mercatoria*, que ha sido vista como una fuente de Derecho independiente de cualquier poder público y basada en un proceso de negociación en el que participan agentes económicos transnacionales. La nueva lex mercatoria, integrada por usos y prácticas (contratos-tipo, reglas de asociaciones privadas, etc.) altamente frecuentes en las transacciones comerciales internacionales, es, en efecto, considerada por muchos autores como verdadero ordenamiento jurídico: se trata de normas, cuyos autores no son los Estados sino los operadores del comercio internacional, es decir, la *Societas Mercatorum*, el llamado "círculo de comerciantes más poderosos" o las *Big Corporations* del siglo XXI[43].

Con independencia de que esta nueva lex mercatoria pueda calificarse o no de ordenamiento autónomo, lo cierto es, como resalta Capella, que sus normas se orientan a la expansión de la organización económica capitalista, así como a la desaparición de fronteras en lo que a los flujos financieros o al mercado de todo tipo de bienes y servicios respecta. Versa, pues, exclusivamente, sobre intereses empresariales, siendo su contenido acuerdos empresariales de producción, normalización, distribución de mercados, resolución

[43] La nueva lex mercatoria es considerada un ordenamiento jurídico autónomo por S.M. Carbone, U. Draetta, F.K. Juenger, A. F. Lowenfeld, vid. A. L. Calvo Caravaca, y Javier Carrascosa González, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Comares, Granada, 2004, pp 502 y ss. Con todo, la doctrina no es unánime a este respecto, y de hecho una extendida acepción de la nueva lex mercatoria es aquella que la caracteriza como un conjunto de usos y prácticas que, junto con el Derecho estatal, regulan algunos aspectos de la contratación internacional. A favor de esta acepción se argumenta que los tribunales estatales consideran que la lex mercatoria regula aquellos aspectos en los que las partes están de acuerdo, teniendo el valor de un pacto privado *interpartes*, pero siempre hay una ley estatal reguladora del contrato, y en particular se argumenta que el sistema sancionador de la lex mercatoria es débil y poco efectivo; es decir, la nueva lex mercatoria, aun teniendo muchos rasgos que permitirían calificarla de ordenamiento jurídico autónomo, carece de la coercitividad, como rasgo definitorio de la juridicidad, ibíd. En un sentido semejante, F. J. Laporta considera que la nueva lex mercatoria es valorada como un buen instrumento de coordinación y cooperación, y rebaja los costes de transacción al dar fijeza a las condiciones de la misma, pero tiene poca virtualidad a la hora de resolver conflictos, Ponencia plenaria titulada "Globalización e imperio de la ley. Un texto provisional para el debate con algunas dudas y perplejidades de un viejo westfaliano", presentada en el XXII Congreso Mundial de Filosofía del Derecho y Filosofía Social, Granada, 2005 *Anales de la Cátedra Francisco Suarez* (en prensa).

extrajurisdiccional de conflictos, etc.[44]. Por lo demás, otra prueba de que la nueva lex mercatoria es un ejemplo de desregulación, y de que ésta no se identifica con el vacío normativo, sino con una forma de producción de normas dominada por sujetos privados, es que muchas de sus normas han sido ya codificadas usando sofisticadas técnicas legislativas que tienden a la *uniformización* de las reglas de juego del mercado a nivel global o mundial[45].

c) La tercera y última circunstancia que explicaría que una de las transformaciones jurídicas más importantes operadas por la mundialización sea la desregulación es, siguiendo a Capella, que *los agentes económicos a escala global poseen una alta capacidad de presión e influencia sobre los poderes públicos estatales*. La importancia que en el "adelgazamiento" del Derecho han pasado a tener los agentes económicos de ámbito transnacional no sólo es patente en el control prácticamente exclusivo que éstos ejercen en sus relaciones jurídico-privadas, sino también en su influencia en políticas de desregulación dentro de los Estados. Es decir, la iniciativa normativa privada no se limita a la disciplina de sus propios asuntos, sino que se proyecta en la capacidad de negociar y de influir sobre los poderes públicos, bien a través de instituciones interestatales, como el G8, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la Organización Mundial del Comercio, etc.[46], bien en el seno de las instituciones estatales, por medio de *lobbies* que pactan con los gobiernos y con los partidos políticos. Sin lugar a dudas, el legislador necesita tomar en consideración cada vez más a la empresa transnacional a la hora de diseñar las políticas públicas[47], porque la fuerza de ésta aumenta en virtud de procesos de concentración y fusión.

En suma, la globalización ha inaugurado un nuevo estadio en las relaciones poder-Derecho caracterizado por el retroceso, probablemente irrever-

---

[44] J. R. Capella, *Fruta prohibida*, cit., pp. 272-277.

[45] Y así se pone de manifiesto en los INCOTERMS 2000 o cláusulas uniformes en la contratación internacional, en las Reglas Uniformes CCI para Créditos Documentarios, en las Reglas Uniformes sobre Cobranzas de Documentos, todas ellas dispuestas por una institución totalmente privada, que es la Cámara de Comercio Internacional, Vid. A. L. Calvo Caravaca, *Derecho Internacional Privado*, cit., pp 502-510.

[46] J. R. Capella, *Fruta prohibida*, cit., p. 261. A juicio de Ferroli el poder de estas instituciones que representan intereses estrictamente privados no encuentra ningún contrapeso en las instituciones del orden internacional, ni siquiera la ONU, que padece una involución respecto del momento en que *fueron* creadas, como se pone de manifiesto en el sistemático incumplimento de sus resoluciones. En efecto, el Derecho público internacional se encuentra en situación de vacío. Falta una esfera pública mundial a la altura de los grupos de intereses organizados como el G8, FMI, BM, OMC, o las empresas transnacionales y los conglomerados financieros. El Derecho internacional es hoy un conjunto de promesas incumplidas, L. Ferrajoli, "¿Es posible una democracia sin Estado?", cit., pp. 141-144.

[47] Vid. D. Held, *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita* (1995), trad. de S. Mazzuca, Paidós, Barcelona, 1997, p. 38 y pp. 129 y ss.

sible, del Estado, que a pasos agigantados está dejando de ser la instancia fundamental en la dirección de la actividad económica, la producción y la aplicación de las normas. En el plano jurídico, una de las consecuencias más importantes es la desregulación, bajo formas de legislación en las que predomina la iniciativa normativa de los sujetos económicos, especialmente de aquellos que operan a escala global[48]: desarrollo de políticas abstencionistas, deferencia estatal hacia la autonormación, delegación en sujetos y normas privadas del ejercicio de funciones públicas, receptividad y sensibilidad de los poderes públicos a los intereses y presiones de los agentes económicos globales, etc. La desregulación se aproxima, en fin, al vacío de Derecho, pero no de todo Derecho, sino de un Derecho público (nacional o internacional) destinado a garantizar intereses generales[49].

Al comienzo de este trabajo se hacía referencia a la pretensión de influir en la creación de Derecho de los grupos económicos y sociales o de la sociedad civil como manifestación del pluralismo jurídico dentro del Estado, que, si bien seguramente siempre ha existido, en la actualidad se ha acentuado hasta el punto de tratarse de uno de los factores que más erosionan la

[48] Podría objetarse a esta definición de "desregulación" que es demasiado amplia o que contempla demasiados fenómenos: no sólo aquellos en los que tiene lugar la sustitución de una previa legislación estatal intervencionista por otra liberalizadora, sino también aquellos otros que reflejan la directa creación de normas por los sujetos privados al margen de los Estados (piénsese de nuevo en la lex mercatoria). Estas últimas manifestaciones encajarían tal vez mejor en el concepto de autoformación, autorregulación o "autonomización global del sistema económico" (Vid. los fenómenos que K. Günther adscribe a este concepto, "Pluralismo jurídico y Código Universal de la Legalidad", cit., p. 232). Sin embargo, creo que es preferible incluir estos supuestos en la expresión desregulación, al menos por dos razones. En primer lugar, porque a pesar de que estos fenómenos muestran la autonomía de los actores económicos globales, el Estado sigue siendo un actor prominente, en la medida en que la ejecución de las pretensiones jurídicas sigue siendo llevada a cabo por el Derecho estatal; es decir, porque el Estado continúa teniendo el monopolio de la fuerza. Y, en segundo lugar, quizás sea preferible hablar de desregulación como modo de toma de postura en contra de propuestas de gobierno mundial basadas en el imperio del Derecho privado: si la desregulación no propende a la ausencia de normas, sino la sustitución de éstas por normas con un origen privado o, lo que es igual, al adelgazamiento o vacío de Derecho público, nacional o internacional, hablar de desregulación implica una propuesta normativa, en el sentido de que, cualesquiera que sean las transformaciones que la globalización implique para el Derecho, siempre será necesaria una "regulación de carácter público" que se ocupe de los asuntos de interés general. En otras palabras, el término "desregulación" puede emplearse en sentido crítico, para objetar la autorregulación de sujetos privados, la negociación y el arbitraje fuera de instancias jurisdiccionales descentralizadas como medio de solución de los problemas de interés general.

[49] Señala M. Atienza que "la desregulación no significa acabar con el poder, sino sustituir un poder (el poder del Estado) por otro poder, el que cada parte tiene en un proceso de negociación; la desregulación suele tener por ello consecuencias favorables para los que están en una situación de mayor poder económico, que pueden ejercerlo sin tener que someterse a las normas estatales", M. Atienza, *El sentido del Derecho*, *El sentido del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2001, pp. 133-134.

estatalidad del Derecho. Asimismo, se aludía al hecho de que esa situación propiciaba, cuando menos, una legislación concertada o pactada con las instituciones estatales, sin suficientes garantías de participación e igualdad de armas para todos los grupos sociales. Pues bien, en el marco de la globalización económica, los riesgos potenciales para la democracia, e incluso para las garantías más básicas (paz, seguridad y respeto de los derechos fundamentales) se multiplican: la ley estatal *desaparece* en medio de las presiones de agentes económicos transnacionales más compactos y sobre todo incomparablemente más fuertes que las corporaciones empresariales y profesionales de ámbito nacional[50].

Alertar así de los riesgos de la desregulación como una de las formas predilectas de legislación en la sociedad global no implica incurrir en la falacia de la pendiente resbaladiza: la desregulación puede esgrimir en su favor los principios del liberalismo económico, pero plantea problemas desde el punto de vista de la democracia, entre otras cosas porque no parece fácil discernir las cuestiones que carecen de trascendencia pública (y que podrían, por tanto, quedar al margen de los procedimientos de decisión democráticos, es decir, al libre concierto de los sujetos privados) de las que, por el contrario, harían preceptiva la regulación "legal", es decir, por una instancia legitimada y encargada de tutelar los intereses públicos. Dicho de otro modo, la desregulación pone de manifiesto que el auge de una de las propuestas de transformación del Derecho en la sociedad global es la sociedad global de Derecho privado. Sin duda, se halla lejos de ser la única propuesta[51], pero

---

[50] S. Holmes señala que la consecuencia de la crisis de la soberanía estatal es una situación de pluralismo estatal débil o pluralismo desregulado: "cuando el Estado, la única institución social disponible que puede defender sistemáticamente los intereses de los débiles, se "privatiza", cuando se convierte totalmente, y no parcialmente, en la herramienta de los fuertes, entonces no pueden surgir relaciones liberales entre el Estado y la sociedad […] Mientras que un gobierno débil –continua el mismo autor– toma las demandas secuencialmente y cede frente a la presión por subsidios hasta que la caja registradora se vacía, un gobierno fuerte reúne todas las demanda, identifica cuáles son las más importantes y entrega un paquete para satisfacer, al menos en parte, a los solicitantes más indicados" "El constitucionalismo, la democracia y la desintegración del Estado", en H. Hongju Koh y R. C. Slye (comp.), *Democracia deliberativa y derechos humanos*, trad. De P. Bergallo y M. Alegre, Gedisa, Barcelona, 2004, p. 145 y p. 149.

[51] En efecto, la mayor parte de las propuestas giran en torno a la viabilidad de la democracia en la sociedad global, tal y como se encuentra articulada en los actuales Estados nacionales, así como sobre las posibles adaptaciones del modelo en aras de su aplicación a un orden político global. Muy brevemente, cabría identificar a este respecto tres orientaciones: la primera sería la llamada democracia construida "desde abajo", esto es, la democratización global basada en la participación en la toma de decisiones públicas en virtud del asociacionismo (Vid. M. Kaldor, *La sociedad civil global*, trad. de D. Udina, Tusquets, Barcelona, 2005); la segunda orientación sería la de la democracia construida "desde arriba", que significaría el paso al cosmopolitismo político (Vid. J. Habermas, *La constelación posnacional*, Paidos, Barcelona, 2000), mediante un orden político y jurídico global que extienda el modelo del constitucionalismo (Vid. L.

de facto tiene quizás mayor implantación que otras. Quizás por ello, Danilo Zolo, al hilo de su discusión sobre la alternativa entre un modelo "globalista de *maxima civitas*" y un paradigma "neowestfaliano", y tras apostar por este último, es decir, por la revalorización del papel del Estado, y por el carácter irrenunciable de un orden internacional que se siga basando en el pluralismo de Estados soberanos[52], resalta que su propuesta se opone doblemente a la propuesta de los globalistas, y también a las teorías "-por ejemplo las tesis de Kenichi Ohmae– que en nombre de la soberanía planetaria del mercado propone una *desregulación* política global"[53].

En fin, y para concluir, la desregulación pone de manifiesto que la crisis del Derecho legal es hoy efecto de concepciones negatorias o críticas en principio del Estado social, pero en el fondo del propio Estado. Puede parecer paradójico, pero si la irrupción del Estado social propició una cierta crisis de la ley, la propia crisis del Estado social anuncia, a su vez, nuevos motivos de preocupación para los valores que siempre han estado detrás de la forma legal[54]. La globalización de los mercados, aun cuando invoque los principios del liberalismo económico, desafía al Estado y a este instrumento liberal por excelencia que fue la ley[55]. Precisamente por ello, y dado que la actitud pasiva ante la crisis de la legalidad conduce a respuestas como la desregulación (con el grave riesgo que ello supone no sólo para la represen-

---

Ferrajoli, L. Ferrajoli, *Razones jurídicas del pacifismo*, cit.). A grandes rasgos, el cosmopolitismo político se basaría en los siguientes principios: *a)* vigencia de una estructura normativa que enuncie los principios de la ética democrática y que vincule a los diferentes dominios o poderes políticos, sociales y económicos; *b)* reforma de los organismos internacionales, sustituyendo progresivamente la representación de los Estados por representantes de pueblos e individuos; *c)* reforma de las instancias jurisdiccionales internacionales, que hicieran cumplir efectivamente las normas del orden cosmopolita; la tercera orientación sería la que podría llamarse "neowestfaliana", que postula el mantenimiento del protagonismo del Estado, que canalizaría las demandas de sus ciudadanos con repercusión global. Se trataría de un Estado con perspectiva "cosmopolita" en lo que a la visión de los problemas se refiere, y guiado en sus relaciones con otros Estados y agentes sociales globales por el principio de tolerancia (Vid. D. Zolo, *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno mundial* (1997), Trad. de R. Grasa y Francesc Serra, Paidós, Barcelona, 2000; U. Beck, *Poder y contrapoder en la era global*, trad. de R. S. Carbó, Paidós, Barcelona, 2004; D. Held, *La democracia y el orden global*, cit.). Esta suerte de "tercera vía" argumenta a su favor tratarse de una propuesta más pragmática que las dos primeras orientaciones, que siendo plausibles desde un punto de vista filosófico, plantean dificultades de naturaleza práctica o institucional.

[52] En el mismo sentido, vid. F. Laporta, "Globalización e imperio de la ley", cit.

[53] D. Zolo, *Cosmópolis*, cit., pp. 13-17 y pp. 137-177, y en especial p. 14.

[54] Vid. G. Marcilla, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Pról. de M. Gascón, Madrid, CEPC, 2005, pp. 174-202.

[55] L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, *Teoría del garantismo penal* (1989), trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón Mohino, J. Terradillos Basoco, R. Cantarero Bandrés, Prólogo de N. Bobbio, Madrid, Trotta, 2ª ed., 1997, p. 920.

tación de los intereses de los menos fuertes, y la garantía de los derechos fundamentales, sino incluso para la propia paz y seguridad mundial) quizás tenga razón L. Ferrajoli al afirmar que ha llegado el tiempo de emprender una nueva *ciencia de la legislación*[56].

[56] A su juicio, "sólo un relanzamiento del papel de la ley, sostenido por una renovada y actualizada ciencia de la legislación, puede restaurar y en muchos instaurar una legalidad garantista, anclándola sólidamente en la tutela de los derechos fundamentales", L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., p. 920. Las transformaciones que ha supuesto la globalización han alterado las condiciones de la posibilidad de la democracia (modelo político) y del Estado de Derecho (modelo jurídico), ya que tales condiciones de posibilidad hoy no pueden estar tuteladas por una esfera pública estatal, sino una de dimensión mundial y global. Urgen, pues, instituciones y funciones capaces de tutelar intereses generales, a la altura de los nuevos actores políticos transnacionales, públicos y privados. Ciertamente, buena parte de la filosofía política y jurídica califica la extensión del constitucionalismo al orden internacional de propuesta utópica y poco realista. Ferrajoli replica que esta objeción es falaz: los obstáculos a su propuesta provienen de intereses políticos contrarios: ¿por qué es una utopía el cumplimiento de las resoluciones de la ONU o la operatividad del Tribunal Penal Internacional?. Es una cuestión de voluntad, que sobre todo afecta a EEUU, pues bastaría que renunciara a ser la potencia militar, económica y política del mundo, "¿Es posible una democracia sin Estado?", en *Razones jurídicas del pacifismo*, Edición de G. Pisarello, Trotta, Madrid, 2004, pp. 149-150.

EL CONCEPTO Y LA JUSTIFICACIÓN DEL PATERNALISMO

Macario Alemany
Universidad de Alicante

Resumen. Este artículo se divide en dos partes. En la primera parte, el autor interviene en la discusión sobre el concepto de paternalismo proponiendo que ésta se ponga en relación con la teoría del poder. A su juicio, los casos más claros de paternalismo serían ejercicios de poder y los casos dudosos se situarían en los límites del poder: por ejemplo, serían casos de mera influencia. Quien ejerce el poder sobre otros puede ser responsabilizado de las consecuencias de este ejercicio; esta posibilidad de exigir responsabilidad explica la necesidad de justificación del comportamiento paternalista. Sobre dicha justificación, en la segunda parte, el autor propone una serie de condiciones que deberían cumplirse, fundamentalmente en el contexto del paternalismo del Estado con sus ciudadanos, para poder afirmar que una concreta interferencia paternalista está justificada. Entre dichas condiciones destaca la exigencia de una situación de incompetencia básica de la persona tratada paternalistamente.

Abstract. This article is divided into two parts. In the first, the author enters into the discussion on the concept of paternalism, proposing that it should be related to the theory of power. As he sees it, the clearest cases of paternalism are cases where power is exercised and the doubtful ones are those found in the limits of power: for example, they are cases of mere influence. He who exercises power over others can be made responsible for the consequences of this action; the fact that responsibility can be required explains the necessity for the justification of paternalistic behaviour. In the second part, with reference to this justification, the author proposes a number of conditions which should be met, basically in the context of the State´s paternalism with its citizens, in order to be able to state that a specific paternalistic intervention is justified. Of these conditions, the one that stands out is the requirement that the person who is treated in a paternalistic way should be in a situation of basic incompetence.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 28 (2005) ISSN: 0214-8676 pp. 265-303

Este artículo trata sobre el paternalismo en general y, en especial, sobre el paternalismo jurídico. La noción de paternalismo apunta a una extrapolación del modelo de relación paterno-filial a otro tipo de relaciones sociales: por ejemplo, la relación entre el Estado y sus ciudadanos o entre el médico y el paciente. En particular, la analogía se construye no tanto sobre el aspecto del cuidado, como sobre el aspecto del control que entraña el ejercicio de la paternidad. Es la aplicación del modelo del poder paternal (la *patria potestas*) a otros ámbitos sociales lo que se cuestiona.

El problema del paternalismo tiene una importante dimensión práctica. El ejercicio de cualquier responsabilidad cuyo cumplimiento, parcial o totalmente, se oriente a promover o proteger el bienestar individual de otros pone de manifiesto que este bienestar puede ser amenazado por los propios individuos. Ésta es una experiencia común entre los legisladores, médicos, asistentes sociales, profesores, abogados, etc. La lucha contra la enfermedad, por ejemplo, se ve frustrada en muchas ocasiones por los hábitos de vida no saludables: pensemos en el consumo de tabaco, la mala alimentación o el sedentarismo. Me atrevería a decir que el paternalismo es una posibilidad abierta y con frecuencia practicada en cualquier ámbito de responsabilidad pública que se relacione directamente con el bienestar individual.

Frente a esta realidad, la ideología dominante en los países industrializados es claramente anti-paternalista. El valor otorgado a la autonomía individual, a la democracia e, incluso, al sistema de libre mercado parecen descartar la posibilidad de encontrar supuestos de paternalismo justificado. Sin embargo, la persistente presencia de intervenciones que se nos presentan como plausiblemente justificadas, por un lado, y como paternalistas, por otro, desafían a esta corriente de pensamiento. El paternalismo adquiere, por ello, una extraordinaria relevancia teórica. A mi juicio, las implicaciones de la justificación del paternalismo constituyen, junto con una consideración profunda del alcance del principio de daño a terceros, una poderosa herramienta contra las diferentes teorías del Estado mínimo que emanan de esa fuente de muchos caños en que se ha convertido el liberalismo político.

1. El concepto de paternalismo

El concepto de paternalismo ha sido objeto de una larga y compleja discusión que comienza en el principio de los años setenta del pasado siglo y se prolonga durante dos décadas sin arrojar resultados concluyentes[1]. Todas

[1] En el origen de esta discusión hay dos artículos fundacionales: En primer lugar, "Paternalism", de Gerald Dworkin, publicado en Wasserstrom, R. A. (ed.): *Morality and the Law*, ed. Wadsworth Publishing Co., Belmont, 1971, pp. 107-126 (reeditado en *The Monist* 56, nº

las propuestas conceptuales en torno al paternalismo tienen como mínimo común denominador la que podríamos denominar "analogía paternalista", es decir, una semejanza de relaciones en la que el foro de la analogía lo constituye la bien conocida relación paterno-filial y el tema lo constituye la relación soberano-súbdito, patrón-obrero, médico-paciente, etc. Sin embargo, hay notables discrepancias sobre cómo construir la analogía, qué definición es la más apropiada y, en particular, sobre qué relevancia darle al carácter peyorativo que en el lenguaje ordinario tiene el término "paternalismo".

No entraré a explicar las diferentes propuestas de definición de "paternalismo" que se han hecho, puesto que ello me ocuparía demasiado espacio para los objetivos de este artículo. Me limitaré, por tanto, a exponer algunas ideas sobre el concepto de paternalismo (al menos, sobre un concepto central de paternalismo).

1.1. La neutralidad valorativa del concepto de paternalismo

El primer problema que se enfrenta en el estudio del concepto y la justificación del paternalismo es la emotividad normalmente desfavorable del término en el lenguaje ordinario. Ahora bien, incluso para los que hacen un uso peyorativo del término "paternalismo", éste no designaría un concepto puramente normativo (como, por ejemplo, 'malo' o 'incorrecto'), por lo que es posible separar algunos aspectos descriptivos de los puramente evaluativos. Siendo así, a mi juicio, como punto de partida no debería hacerse de la valoración del paternalismo (justificado o injustificado) una "característica que define", sino tan sólo "una característica que acompaña"[2]. De esta manera, se evita el riesgo de dar con soluciones a problemas morales que descansen en definiciones, pues resulta inaceptable que se le dé una respuesta

---

1 (1972), pp. 64-84; en Sartorius, Rolf: *Paternalism*, ed. University of Minnesota Press, Minneapolis, 1987, pp. 19-34; y en Feinberg, Joel y Jules Coleman (eds.): *Philosophy of Law*, ed. Wadsworth, Belmont, 2000, pp. 271-280; existe una traducción del mismo al castellano realizada por Jorge M. Seña e incluida en la colección de ensayos: *Derecho y Moral. Ensayos analíticos,* editada por Jerónimo Betegón y Juan Ramón de Páramo, publicada en 1990). En segundo lugar, "Legal Paternalism", de Joel Feinberg, publicado en *Canadian Journal of Philosophy* 1, nº1 (1971), pp. 106-24 (reeditado en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.,* pp. 3-18). En el ámbito de la filosofía en español, cabe destacar los siguientes trabajos: Garzón Valdés, Ernesto: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?, en *Doxa* 5(1988), pp. 155-173; Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos*, ed. Ariel, Barcelona, 1989, pp. 413 y ss.; Atienza, Manuel: "Discutamos sobre paternalismo", en *Doxa* 5(1988), pp. 203-214; Dieterlen, Paulette: "Paternalismo y Estado de Bienestar", en *Doxa* 5(1988), pp. 175-194; Díaz Pintos, Guillermo: *Autonomía y paternalismo*, ed. Universidad de Castilla La Mancha, Murcia, 1993; y Salcedo Megales, Damián: *Autonomía y bienestar (La ética del Trabajo Social)*, ed. Comares, Granada, 2001.

[2] Sobre esta distinción, véase: Hospers, John: *An Introduction to Philosophical Analysis*, ed. Routledge, London, 1990.

negativa al problema de si es correcto desde el punto de vista moral ejercer el paternalismo, diciendo que se trata precisamente de "paternalismo" y el "paternalismo" *por definición* está injustificado. Entiendo, en consecuencia, que el concepto de paternalismo es "neutral" cuando la afirmación "A ejerce paternalismo sobre B" no conlleva necesariamente el juicio moral "A está actuando inmoralmente con respecto a B".

1.2. Elementos de la acción paternalista

En la elucidación del concepto de paternalismo me parece que el punto de partida más adecuado es tratar de aclarar el significado de la expresión *A ejerce paternalismo sobre B*. La acción paternalista de A sobre B se caracterizará por medio de dos elementos: el modo y la finalidad. El tercer elemento, los sujetos A y B, nos servirá para analizar algunos tipos fundamentales de paternalismo.

1.2.1. El modo

El elemento de la relación paternalista que, sin duda, mayores dificultades crea en su análisis conceptual es el del *modo* propio de la acción paternalista. El paternalismo se diferenciaría de la conducta meramente benevolente porque consiste, según los autores, en coaccionar, interferir con la libertad, faltar al respeto debido, violar la autonomía, engañar, ocultar información, violar normas morales, etc. Si partiéramos de un tipo de definición como el de la definición por género y diferencia específica, podríamos decir que el problema del paternalismo no se plantea en torno a su adscripción al género (de los actos benevolentes) sino en determinar cuál es su diferencia específica. Y esa diferencia estaría en el modo en que se ejerce ese acto benevolente.

En mi opinión, estas dificultades para encerrar en una definición a la acción paternalista tienen su origen en que el paternalismo supone un *ejercicio de poder* de A sobre B y, en consecuencia, la caracterización del paternalismo estaría contagiada de los problemas que se suscitan al tratar de definir "poder", un concepto muy controvertido. Los puntos críticos de discrepancia entre los autores en torno al modo propio de la intervención paternalista serían un reflejo de puntos críticos de discusión en la teoría del poder. En particular, la dificultad para distinguir adecuadamente entre las nociones de "poder" y de "influencia" habría hecho fracasar los esfuerzos sobre la elucidación conceptual del paternalismo.

Señalar la causa de la polémica interminable sobre el concepto de paternalismo es una modesta aportación y no pretendo ir mucho más allá. Tan sólo quisiera explicitar algunas implicaciones de esta propuesta –que el paternalismo constituye un ejercicio de poder–, apoyándome en el profundo

y esclarecedor estudio sobre los conceptos de poder e influencia de Ruth Zimmerling[3].

Esta autora define al "poder social" como la capacidad para obtener resultados deseados haciendo a otros hacer lo que uno quiere"[4]; mientras que la "influencia social" sería la "capacidad para afectar las creencias de otros"[5]. Hay cuatro ideas en la aproximación de Zimmerling que me parecen importantes para el tema del paternalismo: el *ejercicio del poder* se orienta a obtener intencionalmente (I) un comportamiento de otro (II); es posible ejercer el poder por medio de ejercer influencia (III); y el ejercicio del poder conlleva responsabilidad por parte de quien lo ejerce, aun cuando el poder se ejerce por medio de ejercer influencia (IV). A continuación, comentaré brevemente cada una de estas ideas.

(I) Creo que la mayoría de los autores estarían de acuerdo en que la acción paternalista es una acción intencional. Si bien tanto el poder como la influencia pueden ser ejercidos intencionalmente, el poder, a diferencia de la influencia, es siempre ejercido intencionalmente. Los casos de ejercicio de influencia no intencional podrían ser mejor descritos, de acuerdo con Zimmerling, diciendo que alguien es (o ha sido) influyente (éste sería el sentido de influencia que se utilizaría al señalar que "los escritos de Marx han influido en muchos autores del siglo XX")[6].

(II) Si la finalidad del paternalismo es evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño, entonces la acción paternalista se orienta a obtener un comportamiento de B y constituye (de tener éxito) un ejercicio de poder. La controversia sobre el carácter paternalista de algunos ejemplos de paternalismo tiene su origen precisamente en que se tratarían de supuestos de ejercicio de influencia que no son ejercicio de poder: por ejemplo, el caso en el que un médico miente a una anciana en su lecho de muerte sobre el trágico destino de su hijo desaparecido con la única finalidad de evitarle un sufrimiento añadido[7].

---

[3] Véase: Zimmerling, Ruth: *Influence and Power (Variations on a Messy Theme)*, ed. Kluwer, 2005.

[4] Zimmerling, Ruth: *Influence and Power (Variations on a Messy Theme)*, *cit*., p. 141.

[5] *Ibídem*.

[6] Zimmerling, Ruth: *Influence and Power (Variations on a Messy Theme)*, *cit*., p. 145.

[7] Se trata de un ejemplo que muestra, de acuerdo con Bernard Gert y Charles M. Culver, que hay casos de paternalismo en los que no se trata de influir en el comportamiento de la gente sino en sus sentimientos. Este ejemplo, entre otros, ha llevado a Gert y Culver a sostener que el único elemento común a todas las intervenciones benevolentes que suelen denominarse "paternalistas" es que se constata en la acción la violación de normas morales. Véase: Gert, Bernard y Charles M. Culver: "Paternalistic Behavior", *Philosophy & Public Affairs* 6(1976), vol. 1, pp.

(III) De acuerdo con nuestra autora, el poder puede ser ejercido sobre otro de las siguientes maneras: 1) por medio de afectar un existente estado de cosas de tal manera que, dadas ciertas creencias normativas y empíricas del otro, hay un cambio en sus preferencias efectivas que le inducen a actuar del modo deseado; 2) afectando las creencias empíricas de alguien de tal manera que, dadas sus creencias normativas y sus preferencias, llegará a creer que la acción deseada por el otro es la más adecuada para satisfacer sus propias preferencias; y 3) afectando las creencias normativas de alguien de tal manera que, dadas sus creencias empíricas y sus preferencias, llegará a creer que la acción deseada es la que puede –o debe– llevar a cabo[8]. (2) y (3) son ejercicios de poder por medio de ejercer influencia, lo que tienen en común con (1) es que se orientan a obtener un comportamiento.

(IV) La definición del paternalismo como un ejercicio de poder creo que ilumina el problema fundamental de este concepto, esto es, la cuestión de por qué el paternalismo constituye un problema moral si es una conducta esencialmente benevolente. La respuesta estaría en que siempre que A ejerce el poder sobre B se abre la posibilidad de *responsabilizar* a A por lo que B ha hecho. Es esta posibilidad abierta y no tanto los concretos medios de que se vale A (con respecto a los cuales se pueden plantear específicos problemas de justificación: por ejemplo, cuando se ejerce el poder por medio de la coacción) el mínimo común denominador de los muy variados ejemplos que suelen presentarse de paternalismo.

1.2.2. La finalidad

De acuerdo con lo anterior, un acto paternalista sería un ejercicio de poder de A orientado a obtener cierto comportamiento de B. Ahora bien, no todo ejercicio de poder es paternalista y, por tanto, necesitamos precisar más el concepto. Lo que distinguiría al paternalismo de otros ejercicios de poder es que la finalidad del mismo es evitar daños a B o, más específicamente, conseguir que B se comporte de manera que se evite daños y, además, daños de tipo físico, psíquico y/o económico: por ejemplo, obligar a B a dejar de fumar para disminuir el riesgo de cáncer.

Esta precisión conceptual conlleva una doble restricción: primera, el paternalismo consistiría en "evitar daños" y no en "beneficiar" y, segunda, el paternalismo consistiría en evitar daños de tipo físico, psíquico o económico y no daños de otro tipo, en particular, daños morales. Una doble restricción que está justificada en parte porque refleja el uso que se ha hecho del tér-

---

45-57; y Culver, Charles M. y Bernard Gert: *Philosophy in Medicine (Conceptual and Ethical Issues in Medicine and Psychiatry)*, ed. Oxford University Press, Nueva York, 1982.

[8] Zimmerling, Ruth: *Influence and Power (Variations on a Messy Theme)*, *cit*., p. 143.

mino paternalismo en la discusión académica y en parte por el propósito de separar los problemas de justificación del paternalismo de los problemas de justificación del denominado perfeccionismo.

El término "beneficiar" o la expresión "poder benevolente" se usan en un sentido genérico que engloba a las acciones que tratan de "evitar daños", pero se usa también en un sentido específico de "beneficiar" que se opone a la idea de "evitar daños"[9]. Este sentido específico de "beneficiar" sería el utilizado cuando, por ejemplo, se considera que una operación de cirugía estética orientada a embellecer es un "beneficio", mientras que una operación quirúrgica para extraer un tumor maligno es "evitar un daño". Una forma de dar sentido a esta distinción es por medio de la delimitación de unos "intereses del bienestar" o "necesidades básicas" de los seres humanos. La afectación negativa a un interés del bienestar o la insatisfacción de una necesidad básica supone situar al individuo por debajo de un umbral mínimo de bienestar a partir del cual todos sus demás intereses declinan irremediablemente. De ahí que "evitar daños" a un individuo sea tanto llevar el grado de satisfacción de sus intereses por encima de dicho umbral mínimo como evitar que caigan por debajo de este umbral. Sobre esta concepción objetivista de los intereses implicada en las nociones de "interés del bienestar" o de "necesidad básica" se construyen la mayorías de las políticas públicas de bienestar que, con frecuencia, han sido calificadas de paternalistas: sanidad pública, educación obligatoria, seguridad social en general, etc.

Más allá de los intereses de bienestar los individuos tienen intereses ulteriores que dependen de sus propias creencias y deseos, con respecto a los cuales es plausible concebir acciones paternalistas. De ahí que algunos autores, como Carlos S. Nino, hayan señalado que el paternalismo se orientaría no sólo a la satisfacción de las necesidades básicas sino también a hacer posible los propios planes de vida que los individuos han elegido libremente[10]. Así, por ejemplo, la acción orientada a que un estudiante de doctorado no abandone su proyecto de tesis doctoral en un momento de flaqueza podría ser, dadas otras circunstancias, candidata a la calificación de paternalista.

Si la finalidad propia del paternalismo consistiría en "evitar daños" en los sentidos que se acaban de aludir, por contraposición, a otra figura distinta le correspondería la finalidad de beneficiar. Dichos "beneficios" consistirían en la promoción de esos intereses del bienestar más allá de su umbral mínimo y, en general, en la promoción de intereses ulteriores que

---

[9] Sobre este tema, véase: Feinberg, Joel: *Harm to Others (The Moral Limits of the Criminal Law)*, ed. Oxford University Press, Oxford, 1984, pp. 31 y ss., y pp. 139 y ss.; y Von Wright, G. Henrik: *Norma y Acción (Una investigación lógica)*, ed. Tecnos, Madrid, 1979, p. 47 y ss.

[10] Nino, Carlos S.: *Ética y derechos humanos, cit*., p. 142.

los individuos no reconocen como tales. Cuando esta finalidad se persigue ejerciendo el poder sobre los sujetos que se trata de "beneficiar" estaríamos ante lo que suele denominarse "perfeccionismo". El perfeccionismo muestra una doble dimensión, maximizadora (de beneficios) y moralista, que le distingue del paternalismo, minimizadora (de daños) y orientado al bienestar. Para ilustrar este punto se pueden proponer algunos ejemplos de ejercicios de poder paternalista y perfeccionista: hacer obligatoria la educación general básica sería paternalista mientras que imponer una educación esmerada en, por ejemplo, bellas artes sería perfeccionista; imponer una rehabilitación para curar una lesión física sería paternalista mientras que hacer obligatoria la práctica del deporte podría ser considerado perfeccionista; prohibir el consumo de drogas para evitar daños a la salud del consumidor sería paternalista, mientras que hacerlo porque la vida con drogas se considera, con independencia de los daños a la salud que implique, inferior a la vida sin drogas sería perfeccionista.

Si se acepta la tesis del carácter moralizante y *maximizador* del perfeccionismo, éste se distinguiría de otra figura, que sería el ejercicio del poder orientado a evitar daños *morales* a los individuos. Algunas propuestas de prohibir el consumo de pornografía han pretendido perseguir la finalidad de evitar a los potenciales consumidores daños morales, es decir, el daño de un carácter moral degradado[11]. Esta figura no estaría en el centro de los problemas que se suelen discutir bajo el epígrafe de "paternalismo", aunque podría ser considerada una forma de paternalismo moralista o de moralismo paternalista. Mi propuesta es, en todo caso, restringir el uso del término paternalismo a la evitación de daños físicos, psíquicos y/o económicos, en parte por seguir los criterios del uso ordinario del término y en parte porque, como ha señalado Joel Feinberg, no es cierto que la degradación moral constituya necesariamente un daño para el individuo (lo será si el individuo tiene un interés particular en la excelencia moral o si, en las circunstancias sociales, tal degradación puede producir en el individuo daños de otro tipo y éste carece de la astucia compensatoria para evitarlo)[12].

Por último, con respecto a la finalidad del paternalismo conviene insistir en que ésta consiste específicamente en evitar daños a los individuos autoinfligidos o infligidos por otro pero con el consentimiento o a requerimiento del dañado. Esta última precisión presupone que (1) existen actos de autodaño que son puramente auto-referentes o, al menos, que son directamente auto-referentes y sólo indirectamente (e irrelevantemente desde el punto de

[11] Sobre este tema, véase: Malem Seña, Jorge F.: "Pornografía y feminismo radical", en *Doxa* 12 (1992), pp. 177-211.

[12] Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Others*, *cit.,* pp. 65 y ss.

vista moral) hetero-referentes[13] y (2) que si bien parece plausible afirmar que nadie comete injusticia contra sí mismo, no es cierto que nadie pueda perjudicarse a sí mismo[14].

1.2.3. Una plausible definición de paternalismo

De acuerdo con lo expuesto, la siguiente podría ser una definición plausible del paternalismo:

El agente A ejerce paternalismo sobre B si y sólo si:

1) A ejerce poder sobre B,

2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico).

1.2.4. Los sujetos de la relación paternalista

Tomando como criterio los sujetos de la relación paternalista, podríamos diferenciar algunos tipos principales de paternalismo: 1) paternalismo en la empresa[15], 2) paternalismo estatal, 3) paternalismo entre Estados o entre

---

[13] Véase: Mill, John S.: *Sobre la libertad,* (trad. Pablo de Azcárate), ed. Alianza Editorial, Madrid, 1999, p. 162; Ten, C. L.: "Mill on Self-Regarding Actions", en Spitz, David (ed.): *Mill, John S.: On Liberty (A Norton Critical Edition)*, ed. Norton & Company, Nueva York, 1975; y Feinberg, Joel: *Harm to Self,* ed. Oxford University Press, Nueva York, 1986, p. 22.

[14] Ernesto Garzón aclara que la idea de que "nadie puede dañarse voluntariamente", expresada tradicionalmente por medio de la antigua máxima "*volenti non fit injuria*", puede interpretarse, como ya señaló Aristóteles, de dos maneras diferentes: o bien como que nadie puede agraviarse a sí mismo (violar su propio derecho), o bien como que nadie puede perjudicarse a sí mismo. Solamente este segundo sentido de la máxima, dice nuestro autor, es el relevante para el paternalismo jurídico. Véase: Garzón Valdés, Ernesto: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en Doxa 5(1988), pp. 155-173.

[15] El término "paternalismo" (cuyos primeros usos constatados se remontan al último tercio del siglo XIX, siendo originario de la lengua inglesa) se usó en lengua castellana a principios del siglo XX casi exclusivamente para referirse a este tipo de paternalismo. Es de destacar que, por ejemplo, en la *Enciclopedia Universal Ilustrada* de Espasa, publicada por primera vez en 1920, la única acepción que se incluye de "paternalismo" es, precisamente, la siguiente: "*Régimen de relaciones entre el patrono y el obrero que, asimilándolas a las familiares, atribuye al patrono una especie de protección tutelar sobre sus obreros"*. Véase: Voz "Paternalismo" en *Enciclopedia Universal Ilustrada*, ed. Espasa-Calpe, Madrid, 1966, t. 42. Los ejemplos históricos de paternalismo industrial más importantes son las llamadas ciudades-fábrica. Paradigmáticos son los casos de *Pullman City* en los Estados Unidos, la *cité Mulhouse* o *Le Creusot* en Francia, *Le Grand Hornu* en Bélgica, etc. En España cabe destacar el paternalismo practicado en las explotaciones mineras de Río Tinto en Huelva y en las empresas mineras asturianas como Hullera Española en Bustiello, Solvay en Lieres o Ensidesa en Avilés. Los patronos paternalistas iban mucho más allá del pago del salario y proveían a los obreros de economatos, viviendas, cajas de previsión, educación, servicios religiosos, pero siempre supeditado a la continuidad en la empresa y al buen rendimiento en el puesto de trabajo. Se discute si se trataba realmente de paternalismo o simplemente de una manera de disciplinar a la mano de obra (sacar al obrero de

comunidades[16] y 4) paternalismo médico. A cada uno de los anteriores tipos le correspondería la siguiente expresión equivalente: 1) "el patrón ejerce paternalismo sobre el empleado", 2) "el Estado ejerce paternalismo sobre los ciudadanos", 3) "el Estado *A* ejerce paternalismo sobre el Estado *B*", y 4) "el médico ejerce paternalismo sobre el paciente y/o sus allegados". Vale la pena mencionar que entre estas categorías de paternalismo se dan diferencias en cuanto a los *medios* de que *preferentemente* se vale la intervención y las finalidades específicas. Al paternalismo estatal, por ejemplo, se le suele adscribir como medio preferente la coacción y como finalidad la más genérica del bienestar (de ahí la calificación de paternalista que se hace del Estado del Bienestar), mientras que al paternalismo médico se le suele adscribir como medio preferente el engaño o la ocultación de información (lo que explica que en este ámbito se denomine al consentimiento válido "consentimiento informado") y como finalidad específica la salud del sujeto B (bienestar físico o psíquico)[17].

Un caso especial, en relación con los sujetos del paternalismo, sería el denominado "auto-paternalismo", en el cual el sujeto A ejerce paternalismo sobre sí mismo o sobre B pero con su consentimiento o a su requerimiento. Se trata de un caso de particular relevancia para la discusión del problema

---

la taberna era una obsesión de la época) y asegurar su reproducción. A mi juicio, sin embargo, en círculos de lo que podríamos llamar catolicismo social se predicaba y practicaba un paternalismo bastante sincero (aunque no del todo, porque con la filantropía se mezclaba el miedo al movimiento obrero). Sobre el paternalismo industrial en España, véase: Sierra Álvarez, José, *El obrero soñado. Ensayo sobre el paternalismo industrial (Asturias, 1860-1917*), ed. Siglo XXI, Madrid, 1990; Babiano Mora, J.: *Paternalismo industrial y disciplina fabril en España, 1938-1958*, ed. CES, Madrid, 1998.

[16] Véase: Garzón Valdés, Ernesto: "Intervencionismo y paternalismo", en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, ed. CEC, Madrid, 1993, pp.379-399. Un caso de paternalismo generalizado que recurrentemente encuentra defensores es el que John Stuart Mill denominaba "despotismo benevolente" con los "bárbaros". Pero no porque haya pueblos "bárbaros", sino porque el contacto entre sociedades de diferente nivel de desarrollo puede "barbarizar" a los pueblos menos desarrollados. Es absurdo pensar que una comunidad indígena amazónica aislada está constituida mayoritariamente por individuos incapaces, porque la propia subsistencia de la comunidad muestra que no es así. No obstante, si la pequeña comunidad indígena entra en contacto con una sociedad industrial, la modificación radical de sus circunstancias sociales puede convertir a todos, o a la mayoría, en incapaces. De ahí que la benevolencia puede aconsejar tanto el dejarlos tranquilos como el tratarlos paternalistamente una vez "descubiertos".

[17] A estos tipos principales se les podría añadir quizá el paternalismo ejercido por los seres humanos con los animales. Jesús Mosterín y Jorge Riechmann han sostenido en su obra *Animales y ciudadanos* (ed. Talasa, Madrid, 1995) que si se quiere beneficiar a los animales esto debe hacerse por medio del paternalismo, puesto que "nuestras acciones con respecto a los animales nunca podrán contar con el consentimiento de estos" (*op. cit*., p. 191). Para un estudio detallado sobre los problemas conceptuales y éticos de los derechos de los animales: véase, De Lora, Pablo: *Justicia para los animales. La ética más allá de la humanidad*, ed. Alianza, Madrid, 2003.

del paternalismo en el contexto de la democracia y, por ello, me detendré, aunque brevemente, en su análisis.

Cuando se trata de aclarar el concepto de auto-paternalismo, se suele acudir al conocido relato homérico de Ulises y las Sirenas; otros ejemplos de "auto-paternalismo" menos elegantes pero más reales serían el caso del jugador que pide que se le prohíba la entrada al casino, el estudiante perezoso que se matricula en una academia para que le obliguen a estudiar o el que acuerda con un amigo que no le deje conducir si ha bebido demasiado.

En el relato homérico, quien se ata a sí mismo, Ulises, es un individuo, pero en la discusión sobre el concepto de auto-paternalismo con frecuencia se maneja una versión política del "contrato Ulises", en la que es la sociedad quien busca atarse a sí misma con las cuerdas de la intervención estatal, por lo que es conveniente distinguir al hablar de "auto-paternalismo" si el sujeto B es un individuo o una comunidad.

Igualmente, me parece conveniente distinguir aquellos supuestos en los que el mecanismo elegido para "atarse a sí mismo" requiere de las acciones de otros, de aquellos supuestos en los que el sujeto B pone en marcha algún mecanismo que no requiere la acción de otros. Este mecanismo puede descansar sobre una relación causal o convencional. Este último sería el caso, por ejemplo, de una legislatura limitando sus propios poderes al establecer que ciertas normas no pueden ser derogadas o modificadas en el futuro. Como mecanismos de auto-restricción que descansan sobre relaciones causales tendríamos, por ejemplo, los siguientes: quien se inyecta una sustancia que le hará intolerable en el futuro el consumo de alcohol o nicotina, quien se encierra a estudiar en una casa de campo aislada para no perder el tiempo en distracciones o, incluso, quien no acude a espectáculos violentos para evitar

Modalidades del auto-paternalismo

		Mecanismo de auto-restricción	
		Compromiso con un agente (Contratos Ulises)	*Otros mecanismos (Auto-paternalismo estricto)*
Sujeto	*Individual*	(I) Ej: Acordar con un amigo que no me deje conducir si bebo demasiado	(II) Ej: Inyectarse una sustancia que reacciona negativamente con la nicotina
	Político	(III) Ej: Una legislatura democrática aprobando una ley que sanciona no llevar el cinturón de seguridad en los coches	(IV) Ej: Una asamblea constituyente haciendo inmodificables ciertas disposiciones constitucionales

tener una preferencia por estos. Igualmente, cabría distinguir si el mecanismo imposibilita o sólo dificulta el uso de ciertas opciones.

Propongo denominar *auto-paternalismo del tipo "contrato Ulises"* cuando el mecanismo de auto-restricción consiste en acudir a otros individuos para que actúen paternalistamente y *auto-paternalismo estricto* cuando el propio sujeto B pone en marcha algún otro mecanismo.

De estas cuatro modalidades de auto-paternalismo, me parece importante destacar lo siguiente:

(I) El tipo I, contratos Ulises en su versión individual, ha sido considerado por algunos autores como no paternalismo, generalmente porque se considera que la acción supuestamente paternalista de A consiste en seguir las instrucciones anteriores de B[18]. Estos autores asimilarían los contratos Ulises al contrato de mandato, en el que el mandatario actúa de acuerdo con las disposiciones del mandante. Ahora bien, el "contrato Ulises" muestra una importante peculiaridad frente al contrato de mandato, a saber, la renuncia al derecho de revocación por parte del sujeto B (en previsión de un futuro cambio de preferencias que puede suponerle graves perjuicios). Llegado el momento, B se opondrá a la acción de A y éste deberá, si quiere cumplir con las disposiciones previas de B, ejercer el poder, a veces la fuerza, sobre B. En algunos de estos casos puede ser inadecuado describir la acción de A como paternalista si la intención de A es únicamente seguir las instrucciones de B, pero en otros la intención de A será evitar daños a B y el consentimiento anterior de B será visto por A como una garantía de que su acción está justificada.

(II) El caso II, auto-paternalismo estricto individual, se aleja más del núcleo de claridad del concepto de paternalismo porque, aparentemente, viola el presupuesto del que hemos partido según el cual el paternalismo consiste en una relación entre dos sujetos. Bien pudiera decirse que en estos

---

[18] Esta parece ser la posición de Geral Dworkin, quien señala que en los "contratos" Ulises "la medida que debe ser impuesta es específicamente demandada por la parte afectada" y que "tal no es el caso de las medidas paternalistas de las que hemos estado hablando" (aunque no queda muy claro si sería un tipo de medidas paternalistas diferente o no sería paternalismo en absoluto).Véase: Dworkin, Gerald: "Paternalism", en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit.,* p. 29. Bernard Gert y Charles M. Culver son más claros al afirmar que cuando se cuenta con el consentimiento anterior del sujeto B, no se trata de paternalismo. Véase: Gert, Bernard y Charles M. Culver: "Paternalistic Behavior", *cit*. Manuel Atienza comparte esta última posición, si bien deja abierta la cuestión de si, en los contratos Ulises, puede afirmarse que existe consentimiento a la acción "paternalista". Véase: Atienza, Manuel: "Discutamos sobre paternalismo", *Doxa* 5(1988), p. 209. Por el contrario, decididamente a favor de considerar estos supuestos como genuino paternalismo están Ernesto Garzón y Douglas N. Husak, quien afirma: "no plantea problemas conceptuales la pretensión de que se puede tratar paternalistamente a uno mismo". Véase: Husak, Douglas N.: "Paternalism and Autonomy", *Philosophy & Public Affairs* 10 (1980), nº 1, p. 43.

supuestos es donde el auto-paternalismo es verdaderamente auto-referente pero menos paternalismo, mientras que en el supuesto en el que B requiere a otra persona para que "lo ate" es más paternalismo pero menos auto-referente. En todo caso, la teoría de la racionalidad subyacente a estas auto-restricciones individuales es de gran importancia para el tema del paternalismo, en la medida en que puede contribuir a aclarar la racionalidad y, en última instancia, la justificación de las restricciones paternalistas. El principio básico de que disponer de menos opciones puede ser mejor, en ocasiones, que disponer de más opciones estaría detrás de la justificación de todas las prácticas paternalistas[19].

(III) El tipo III sería el de, por ejemplo, las leyes emanadas de una legislatura democrática que impiden o dificultan a los ciudadanos la realización de actos que les suponen un daño o el aumento del riesgo de daño. Algunos autores han sostenido que estas leyes no son paternalistas. El argumento sería que si la existencia de la ley "se debe"[20] a las preferencias de los destinatarios o, más específicamente, a sus "preferencias sobre preferencias"[21] no podemos hablar de paternalismo. Al igual que ocurriría en la versión individual de los contratos Ulises, los representantes políticos se limitarían en estos casos a seguir las directrices de los representados. A mi juicio, sin embargo, ni la práctica ni la teoría de la representación política en democracia apoyan este argumento. Con mucha frecuencia, las normativas paternalistas, pensemos por ejemplo en la obligación de llevar el cinturón de seguridad, se dictan contra las preferencias de los destinatarios, que no quieren que se les imponga la alternativa de llevar el cinturón de seguridad o correr el riesgo de ser sancionados, y se orientan a producir con el tiempo, *ex post acto* de promulgación, una modificación de las preferencias, de manera que los ciudadanos ya se ponen el cinturón por propia voluntad. El éxito de la legislación paternalista residiría en contribuir a la eliminación de preferencias irracionales y dañinas en los ciudadanos. No habría que confundir, por otro lado, la aceptación general o aquiescencia a un esquema general de gobierno en el que las interferencias paternalistas son permisibles, a una autorización o consentimiento por parte de los destinatarios a las concretas interferencias paternalistas.

---

[19] Sobre la teoría de las auto-restricciones, véase: Elster, Jon: *Ulises desatado (Estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones)*, ed. Gedisa, Barcelona, 2002.

[20] Véase: Elster, Jon: *Ulises y las Sirenas. Estudios sobre racionalidad e irracionalidad, cit.,* pp. 144 y 145.

[21] Véase: Sunstein, Cass R.: "Legal Interference with Private Preferences", en *The University of Chicago Law Review*, 53(1986), pp. 1140-41.

(IV) El tipo IV correspondería, por ejemplo, a la auto-restricción que una legislatura puede imponerse a sí misma o, en el paradigma constitucionalista, a la rigidez constitucional (auto-paternalismo estricto político). Aquí, aparentemente, la aprobación de una norma por la cual ciertas reglas constitucionales son inmodificables hace imposible al propio constituyente cambiar esas reglas y respetar, a la vez, el Derecho. Francisco Laporta ha señalado que estos supuestos no serían de auto-paternalismo (más fácil de justificar) sino de paternalismo estricto, porque "quienes ordenan la vinculación no son generalmente los que la van a sufrir (...) se trata de individuos distintos o de generaciones distintas"[22]. Además, se trataría, según este mismo autor, de un paternalismo injustificable al considerar a las "mayorías democráticas del futuro" como perturbadas o dominadas por las pasiones, cuando lo que, en realidad está siendo protegido es, muchas veces, "lo pasional e interesado de los constituyentes que se blinda frente a la racionalidad de las futuras generaciones democráticas"[23]. Igualmente, Jon Elster que inicialmente consideró que las constituciones son mecanismos de pre-compromiso "elaboradas por el cuerpo político con el fin de protegerse a sí mismo contra su previsible tendencia a tomar decisiones imprudentes"[24], recientemente ha sostenido que, con mayor frecuencia (aunque no exclusivamente), las constituciones son mecanismos por los que unos tratan de atar a los otros. A mi juicio, las consideraciones de estos autores me parecen aceptables, sin embargo, creo que habría algunos supuestos que caerían en esta categoría de auto-paternalismo estricto político: por ejemplo, Jon Elster señala que "cuando el Parlamento Constituyente húngaro, en los años 1989-1990, votó a favor de la creación de un Tribunal Constitucional con atribuciones muy amplias, que le conferían la capacidad de revocar las decisiones emanadas del Parlamento, eso constituyó un acto explícito de auto-limitación"[25].

1.3. El concepto de paternalismo jurídico

1.3.1. Una plausible definición de paternalismo jurídico

Si el paternalismo en general consiste en el ejercicio de un poder, el paternalismo jurídico consistirá en el ejercicio de un poder jurídico. De manera que la definición de paternalismo jurídico sería la siguiente:

A ejerce paternalismo jurídico sobre B si y sólo si:

1) A ejerce un poder jurídico sobre B,

---

[22] Laporta, Francisco J.: "El ámbito de la Constitución", en *Doxa* 24 (2001), p. 464.

[23] *Ibídem.*

[24] Elster, Jon: *Ulises desatado, cit.,* p. 111.

[25] Elster, Jon: *Ulises desatado, cit*., p. 113.

2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico).

Los actos jurídicos se caracterizan por haber sido realizados conforme a normas jurídicas que confieren poderes. Los poderes jurídicos se suelen dividir en poderes públicos (generalmente, llamados "competencias") y privados (generalmente, llamados "capacidades"). Ambas, competencias y capacidades, son el ejercicio de poderes, pero mientras que se es "capaz para modificar la propia situación jurídica; en cambio, se es competente para modificar la de otras personas"[26]. Las competencias se caracterizan porque el titular de las mismas puede intencionalmente modificar la situación jurídica de otro sin contar con la aceptación del mismo, mientras que las capacidades o bien agotan sus efectos en la persona que las ejecuta o bien extienden sus efectos a terceros voluntarios. El ejemplo clásico de ejercicio de una capacidad es el negocio jurídico (que puede ser visto como promesas recíprocas) y de una competencia puede serlo el acto administrativo. Tan sólo los poderes públicos que son competencias pueden ser descritos como el ejercicio de un poder (jurídico) de A (el titular del poder) sobre B (el sujeto jurídicamente al poder de A).

Siguiendo con esta última idea, cabría decir que el paternalismo jurídico consiste en el *ejercicio de una competencia jurídica*. Dado que en el paternalismo el objetivo de A es evitar que B lleve a cabo actos que le dañan a sí mismo, que le suponen un incremento de riesgo de daño, es plausible sostener que en el paternalismo jurídico el ejercicio por parte de A de su competencia sobre B debe limitar de alguna manera las opciones de B (al menos, limitará a B una opción de auto-infligirse un daño, de aumentar los riesgos de daños).

El análisis de W. N. Hohfeld sobre las diferentes posiciones jurídicas en una relación jurídica[27] puede ser, parcialmente, de aplicación aquí, obteniendo la siguiente definición de paternalismo jurídico:

El agente A ejerce paternalismo jurídico sobre B si y sólo si:

1) A, en el ejercicio de una competencia, sitúa a B en una posición de deber, no derecho, sujeción o incapacidad (en este último caso, para modificar su propia situación jurídica),

---

[26] Nino, Carlos S.: *Introducción al análisis del Derecho*, ed. Ariel, Barcelona, 1996, p. 222.

[27] Véase: Hohfeld, W. N.: *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, ed. Ashgate-Dortmouth, 2001.

2) con la finalidad de evitar que B lleve a cabo acciones u omisiones que le dañan a sí mismo y/o le suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico)[28].

Como ejemplo de paternalismo jurídico podría señalarse el derecho a la educación de los menores. Éste es un derecho que tienen todos los ciudadanos, pero cuando se trata de los menores suele caracterizarse el mismo como de paternalista; sin embargo, es fácil advertir que lo que lo hace paternalista es que, en realidad, se configura como un "derecho-deber". Lo mismo ocurre con el derecho a la vida, que siempre que se entiende como paternalista es concebido como "derecho-deber". Otros ejemplos de regulaciones jurídicas que pudieran calificarse de paternalistas serían los siguientes: el derecho a la asistencia letrada (de ejercicio obligatorio)[29], la irrenunciabilidad del derecho a la información clínica por parte del paciente cuando está en grave peligro su salud[30], el no derecho a la información clínica en caso de necesidad terapéutica[31],, la prohibición de las lesiones con el consentimiento de la víctima[32], etc.

Esta propuesta de concepto de paternalismo jurídico presentaría, a mi juicio, las siguientes ventajas:

1) Además de los casos en los que el paternalismo consiste en el establecimiento de una prohibición u obligación, incluye los casos en los que se declara incompetente a una persona, se la sujeta a la tutela de otra o se establece que no tiene derecho a realizar ciertos actos (dejándola en una situación de libertad no protegida). Por ejemplo, la sujeción a tutela de un discapacitado mental, la sujeción a la patria-potestad de los menores, la incapacidad de los menores para disponer de sus bienes inmuebles, la anu-

---

[28] El paternalismo jurídico puede ser visto también como la "asunción de competencias por parte de A". Podría decirse que el acto paternalista fundamental de un sistema jurídico constitucional sería la atribución al Parlamento de competencia para perseguir la finalidad (respetando ciertos límites) de evitar que los ciudadanos lleven a cabo acciones u omisiones que les dañan y/o les suponen un incremento del riesgo de daño (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico). La atribución de esta competencia implica lógicamente la sujeción de los ciudadanos. Cuando el Parlamento crea un estatus de la minoridad en la que establece que los menores deben quedar sujetos a la patria potestad, la situación puede ser descrita como la de conferir una competencia a los padres en relación con sus hijos. Igualmente, cuando se establece un deber para los ciudadanos con fines paternalistas (por ejemplo, la prohibición de navegar sin chalecos salvavidas) se otorga competencia a las autoridades judiciales y/o administrativas para sancionar por el incumplimiento de ese deber.

[29] Véanse los artículos 118.4 y 788.1 de la *Ley de Enjuiciamiento Criminal* española

[30] Véase el artículo 9.1 de la *Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

[31] Véase el artículo 5.4 de la *Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

[32] Véase el artículo 155 del vigente *Código Penal* español.

lación de las disposiciones generales en un contrato tipo no favorables a la parte "débil" del contrato, la imposibilidad (institucional) de constituir válidamente un contrato de esclavitud perpetua o un contrato válido de trabajo por debajo del salario mínimo, etc.

2) Igualmente, esta definición incluye los casos de paternalismo indirecto (o impuro, según la concepción de Gerald Dworkin)[33], ya que la coacción que directamente se dirige contra un individuo indirectamente deja al sujeto B en una situación de no derecho: por ejemplo, la ilegalización de un comercio como el de las drogas (implique esta ilegalización una persecución penal o no) deja a los sujetos tratados paternalistamente, los consumidores, en una situación de no derecho: pueden tratar de obtener drogas en el mercado ilegal, pero el Estado puede, por su parte, hacer todo lo posible para impedirlo.

3) Al considerar el paternalismo jurídico como el ejercicio de un poder jurídico también se pone de manifiesto que el paternalismo se puede ejercer en diferentes etapas. En primer lugar, tendríamos un poder constituyente (si se trata de un sistema constitucional) que puede ejercer el paternalismo, por ejemplo, configurando el derecho constitucional a la asistencia letrada como un derecho-deber. En segundo lugar, tendríamos un poder legislativo que puede, siguiendo con el mismo ejemplo, establecer en las leyes procesales la obligación de la asistencia letrada. En tercer lugar, encontraríamos un juez que declara que cierto acusado no tiene derecho a defenderse a sí mismo sin contar con la asistencia letrada. Por último, tendríamos, en algunos casos, un funcionario público que ejecuta las disposiciones del juez[34].

4) Se aclara la conexión entre la discusión sobre el paternalismo jurídico y la discusión de la filosofía política sobre el paternalismo y las formas de gobierno. Fuera de la anterior escala, o por encima de ella, habría un nivel de paternalismo que se refiere a las formas de gobierno: en particular, la contraposición entre democracia y despotismo benevolente. Un régimen de despotismo benevolente está configurado totalmente sobre la idea de paternalismo, mientras que la democracia parece fundarse en su negación. Sin embargo, en la democracia, la forma de gobierno caracterizada por la

---

[33] El paternalismo indirecto (Joel Feinberg) o impuro (Gerald Dworkin) supone que para evitar daños a B se ejerce coacción sobre un tercero C: por ejemplo, cuando para evitar los daños derivados del consumo de drogas, se sanciona al traficante-vendedor y no al consumidor-comprador. Véase: Feinberg, Joel, *Harm to Self, cit.,* p. 9; y Dworkin, Gerald: "Paternalism", en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit*., p. 22.

[34] Estos últimos actos, que son de pura aplicación del Derecho, difícilmente pueden ser vistos como actos jurídicos y, de acuerdo con mi propuesta, como actos de paternalismo jurídico. Sin embargo, lo más razonable me parece que es considerarlos una categoría *sui generis* de paternalismo jurídico.

autonomía, se dan, a su vez, formas de Derecho autónomas y heterónomas. De ahí que, en cierto sentido, quepa decir que el paternalismo es incompatible con la democracia, si nos situamos en el nivel de las formas de gobierno, y, al mismo tiempo, que dentro de la democracia se pueden dar ejercicios paternalistas del poder. Las normas emanadas de una legislatura democrática pueden ser vistas como ejercicio de la autonomía del pueblo (que actuaría por medio de representantes), pero en la medida en que sus disposiciones se apliquen a los destinatarios de las mismas sin requerir para ello su consentimiento individual son heterónomas (suponen el ejercicio de una competencia) y, por tanto, susceptibles de ser paternalistas[35].

5) Se aclara, finalmente, la relación entre el paternalismo jurídico y la coacción. En un sentido amplio, sería cierto que el paternalismo jurídico siempre es coactivo, puesto que es el resultado del ejercicio de competencias que modifican la situación jurídica de un individuo lo quiera éste o no. Competencias que, además, están respaldas en última instancia por la fuerza. En un sentido estricto, sin embargo, el paternalismo jurídico sólo sería coactivo cuando recurre al establecimiento de sanciones como instrumento principal de una política paternalista.

1.3.2. Paternalismo jurídico y paternalismo estatal

El paternalismo estatal puede ser sencillamente caracterizado sustituyendo "A" por "órgano del Estado" en el enunciado "A ejerce paternalismo sobre B". Debe considerarse paternalismo estatal a cualquier acción paternalista llevada a cabo por un órgano del Estado, pero sólo se tratará de

[35] En el siguiente párrafo de Hans Kelsen creo que se encuentra una más clara explicación de esta misma idea: "En el punto central de los problemas de una dinámica jurídica –dice Hans Kelsen– se encuentra la pregunta por los diferentes métodos de producción de derecho, o por las formas del derecho. Si se pone la mira en aquellas normas jurídicas que configuran la parte principal de un orden jurídico, a saber: las que enlazan una sanción como acto coactivo a determinada conducta humana, y si se reconoce que un hombre se encuentra jurídicamente obligado a una determinada conducta en cuanto la conducta contraria ha sido convertida en condición de una sanción, pueden distinguirse dos tipos de normas jurídicas que estatuyen tales obligaciones jurídicas: aquellas en cuya producción el hombre obligado participa, y aquellas que aparecen sin su participación. El principio que se encuentra en la base de esta distinción, es el de la libertad en el sentido de autodeterminación. La cuestión decisiva, desde el punto de vista del hombre sujeto a normas, es si la obligación se produce con su voluntad, o sin ella y eventualmente, incluso contra su voluntad. Se trata de la distinción que habitualmente se designa como la oposición entre autonomía y heteronomía, y que la teoría del derecho suele establecer en lo esencial en el terreno de los derechos estatales. Aquí aparece como una diferencia entre democracia y autocracia, o entre República y monarquía, permitiendo la visión corriente de las formas del estado. Sólo que aquello que se concibe como la forma del estado no es más que un caso especial de la forma del derecho en general", en Kelsen, Hans: *Teoría Pura del Derecho*, ed. Porrúa, México, 1993, p. 285.

paternalismo jurídico estatal cuando el medio directo empleado sean las normas jurídicas.

Dentro del conjunto de las acciones del Estado cabe distinguir aquellas en las que sus objetivos se logran directamente por medio de la modificación de la posición jurídica de los individuos, de aquellas en las que esta modificación sólo tiene un papel secundario y el medio empleado para alcanzar tales objetivos tiene otra naturaleza. La acción del Estado siempre tiene un aspecto jurídico. La construcción de una autopista estatal requiere de un procedimiento de derecho administrativo y hasta el más mínimo detalle de la planificación y ejecución de las obras queda reflejado en un documento. Sin embargo, el Derecho tiene un aspecto secundario en la construcción de la autopista: ésta se realizará si se dispone de los *recursos humanos* y del *dinero* suficientes. En otros casos, las *normas jurídicas* son el medio directo de que se vale el Estado para conseguir sus fines: por ejemplo, cuando dicta una norma que prohíbe conducir sin el cinturón de seguridad. Podemos suponer que un Estado preocupado por el elevado número de accidentes, además de construir mejores carreteras (lo que requiere recursos humanos y dinero) y de prohibir ciertos comportamientos peligrosos (por medio de normas jurídicas), decidirá mantener campañas periódicas de concienciación sobre los riesgos de la conducción; aquí parece que el medio directo de que se vale el Estado es la *persuasión*. En resumen, la acción estatal se vale principalmente de cuatro tipos de medios: dinero, recursos humanos, normas jurídicas y persuasión[36].

Habría, en consecuencia, supuestos de paternalismo estatal no jurídico. Veamos algunos de ellos. En primer lugar, tendríamos aquellos supuestos en los que el Estado establece incentivos económicos con fines paternalistas[37].

---

[36] La clasificación está recogida de Pallarés, Francesc: "El sistema político en acción", en *Revista de Estudios Políticos*, 62(1988), p. 144; el cual, a su vez, sigue el planteamiento expuesto en Peters, B. G.: *American Public Policy*, Franklin Wats Pubs., Nueva York, 1982.

[37] También sería paternalista, de acuerdo con la definición de paternalismo presentada, el establecimiento de incentivos económicos orientados a modificar la estructura de preferencias del sujeto B con la finalidad de evitar que B se dañe a sí mismo (los incentivos serían una forma de ejercer el poder). Un ejemplo de este tipo de paternalismo, poco frecuente, serían los incentivos para la contratación de planes de pensiones, siempre que entendamos que una consecuencia de la medida, previsible y deseada por el legislador, es la disminución de las personas que, por imprevisión, no tendrán recursos suficientes para disfrutar de una vejez digna. Hay que advertir la importancia que tiene la segunda condición de la definición de paternalismo para distinguir estos casos de las meras intervenciones benevolentes. Si como es de desear el Estado ejerce su poder siempre para beneficiar a los ciudadanos, podría argumentarse que, de acuerdo con mi definición, casi todas las intervenciones estatales son paternalistas. Sin embargo, esto no es así porque la finalidad del paternalismo no es simplemente evitar daños a los ciudadanos, sino más estrictamente evitar que se dañen *a sí mismos*. La concesión de una subvención para, por ejemplo, los agricultores no es necesariamente paternalista, pero lo será si esa subvención

Otro supuesto de este tipo de paternalismo serían los gravámenes orientados a que los ciudadanos abandonen hábitos de vida no saludables: por ejemplo, elevando el precio del tabaco. En tercer lugar, tendríamos un conjunto de casos en los que el medio empleado por el Estado para ejercer el paternalismo sería la persuasión. Aquí se incluiría un abanico de ejemplos que van desde lo más inocuo, como la publicidad orientada específicamente a que los ciudadanos se comporten de cierta manera, hasta lo más peligroso, como sería la propagación de informaciones falsas para proteger a los ciudadanos de su propias acciones auto-dañosas. Dentro de este último conjunto de casos, merecería la pena destacar aquellos en los que el engaño adopta la forma de una manipulación sutil de la información. Me refiero a los supuestos de información sesgada o manipulada. Daniel Wikler sostiene, refiriéndose a las políticas públicas orientadas a la adopción de hábitos de vida saludables, que el instrumento de la información puede ser hábilmente utilizado, de manera que más allá de proveer información al objeto de adoptar una decisión racional, se producen fenómenos de manipulación[38]. En España, por ejemplo, la política pública de prevención del consumo de drogas no sólo se basa en la coacción penal, sino que utiliza profusamente el medio de la persuasión, a través de campañas publicitarias en los "*mass media*". Estas campañas se encargan a agencias de publicidad, cuya especialidad no es presentar los mejores argumentos sino los más persuasivos. Además, estas campañas ni siquiera son centralmente retóricas; no se basan en los argumentos más que en la imagen y el sonido. Están dirigidas, en definitiva, a generar una respuesta hostil al consumo de drogas, una especie de reflejo condicionado a "decir NO" (que fue el eslogan de una de ellas).

En cuarto y último lugar, tendríamos como un tipo de paternalismo estatal no jurídico, aunque por razones diferentes a los anteriores; el caso del paternalismo entre Estados. Si el paternalismo se ejerce por un Estado sobre otro, éste adoptará normalmente la forma de las "injerencias coactivas" a las que se refería Ernesto Garzón[39], entre las cuales la invasión armada sería la más significativa. No obstante, el proceso, lento y difícil, de la juridificación

---

está orientada a disuadir a los productores de hacer algo que les perjudica. Imaginemos que un sector agrícola no es económicamente viable y que, sin embargo, por costumbre, miedo o desconfianza los agricultores se resisten a cambiar a otros cultivos más provechosos; el Estado puede prohibir esa producción, desincentivarla o, incluso, incentivar otros cultivos. Este tipo de políticas previsiblemente combinan diversos objetivos (entre ellos, sin duda, mejorar la economía nacional), pero en la medida en que una de las consecuencias previsible y deseable de la misma es evitar que los agricultores se dañen a sí mismos también es paternalista.

[38] Wikler, Daniel: "Persuasion and Coercion for Health", en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit*. p. 53.

[39] Véase: Garzón Valdés, Ernesto: "Intervencionismo y paternalismo", en Garzón Valdés, Ernesto: *Derecho, ética y política*, *cit.*

de la vida internacional favorece que aparezcan supuestos de paternalismo jurídico-internacional entre Estados y agentes paternalistas internacionales.

Si no todo paternalismo estatal es paternalismo jurídico, tampoco todo paternalismo jurídico es paternalismo estatal. En principio, pareciera que si el paternalismo jurídico consiste en el ejercicio de competencias jurídicas y éstas son siempre ejercidas por órganos del Estado, entonces el paternalismo jurídico debe ser siempre paternalismo estatal. Sin embargo, es evidente que hay sujetos que ejercen competencias sin ser órganos del Estado o, al menos, sin serlo de la misma manera de lo que, en general, entendemos por órganos del Estado. Pensemos, por ejemplo, en el caso del médico o de los sujetos que ostentan la patria-potestad.

De acuerdo con la Ley de Autonomía del Paciente española[40], si el médico responsable de la asistencia juzga que el paciente no es capaz de tomar sus propias decisiones, entonces el consentimiento informado debe otorgarlo la familia (art. 9.3). Podría decirse que al médico se le confiere el poder de determinar, a los efectos de prestar consentimiento al tratamiento, la capacidad del paciente y, por tanto, el médico ejercería una competencia similar a la del juez que establece, por ejemplo, que una persona es incompetente para disponer de sus bienes. Igualmente, la patria potestad supondría el ejercicio de competencias de representación (sin necesidad de que el hijo sometido a la misma consienta) e, incluso, cierto poder sancionatorio (el llamado derecho de corrección).

No creo que se gane mucho negando que en estos casos se trata del ejercicio de competencias y tampoco afirmando que el médico o los padres son órganos del Estado. Quizás una solución sea acudir a un género superior, el de la producción de resultados normativos por métodos autocráticos (que no requieren el consentimiento del afectado), y distinguir dentro de él el ejercicio de competencias por parte del Estado y otros ejercicios de poder entre particulares que, en algunos supuestos, se caracterizarían por enmarcarse en relaciones paternalistas. Éste sería el caso de las relaciones de tutela y curatela, de la propia relación paterno-filial, de la relación marital de acuerdo con la regulación pre-constitucional española, de algunos aspectos de la relación médico paciente, etc.

1.4. Otras distinciones relevantes

Para terminar con el apartado conceptual y pasar al estudio de los problemas de justificación quisiera referirme sumariamente a algunas distinciones relevantes.

---

[40] *Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.*

En primer lugar, principalmente en relación con el paternalismo jurídico, conviene distinguir entre aquellas disposiciones que son *puramente paternalistas*, es decir, cuya única finalidad es evitar daños auto-infligidos de tipo físico, psíquico y/o económico, de aquellas que tienen otras finalidades junto a la paternalista y que podríamos denominar de "*paternalismo mixto*".

En segundo lugar, conviene recordar la distinción entre casos de *paternalismo directo*, es decir, aquellos en los que se ejerce el poder directamente sobre el sujeto a quien se trata de evitar daños, y casos de *paternalismo indirecto*, es decir, aquellos en los que directamente se ejerce el poder sobre un sujeto e indirectamente sobre quien es tratado paternalistamente: por ejemplo, cuando para evitar los daños derivados del consumo de drogas se sanciona a los vendedores de drogas.

En tercer lugar, es conveniente distinguir entre una *acción paternalista* y una *justificación paternalista*. La justificación paternalista se orientaría a presentar el ejercicio del poder sobre un sujeto como aceptable apelando a dos razones: 1) la acción evita daños importantes y 2) es necesaria por cuanto el sujeto sobre el que se ejerce el poder no está en condiciones de cuidar de sus propios intereses.

En cuarto y último lugar, conviene hace referencia a la importante distinción entre *paternalismo fuerte* (o duro) y *paternalismo débil* (o blando). Joel Feinberg ha propuesto, en relación con la justificación de la coacción penal, distinguir entre el paternalismo fuerte, que "aceptará como una razón para la legislación penal que es necesaria para proteger a adultos competentes, contra su voluntad, de las consecuencias dañosas de sus elecciones y empresas, aunque sean plenamente voluntarias", del "paternalismo débil, que "sostiene que el Estado tiene derecho a prevenir la conducta dañosa auto-referente (en esta medida *parece* "paternalista") si y solo si esa conducta es sustancialmente no voluntaria, o cuando una intervención temporal sea necesaria para establecer si es voluntaria o no"[41]. Se trata de una distinción que suele entenderse de dos maneras: como una distinción conceptual entre el genuino paternalismo (paternalismo fuerte) y el falso o aparente paternalismo (paternalismo débil), o como una distinción entre formas de paternalismo plausiblemente justificado (paternalismo débil) e injustificado (paternalismo fuerte). A mi juicio, esta segunda opción es la más correcta.

El término "paternalismo" fue introducido por Hart en el ámbito de la filosofía moral y jurídica como un argumento contra el moralismo jurídico defendido por Lord Devlin. De acuerdo con este último, la tradicional irrelevancia otorgada por el Derecho penal al consentimiento de la víctima (por ejemplo, el los delitos de lesiones u homicidio) mostraba un fundamento

[41] Véase: Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit*., p. 12.

moralista en la legislación[42]. Hart sostuvo, por el contrario que "las normas que excluyen el consentimiento de la víctima como una eximente contra las acusaciones de asesinato o agresión pueden ser perfectamente explicadas como un caso de paternalismo, dirigido a *proteger a los individuos de sí mismos*"[43]. Para Hart la justificación de tales interferencias paternalistas había que buscarla en "una conciencia creciente de un gran conjunto de factores que disminuyen la significación que hay que atribuir a una elección o consentimiento aparentemente libre"[44]. Esta "conciencia" a la que alude Hart constituye, en mi opinión, el núcleo de la idea de paternalismo: quien actúa paternalistamente presupone algún tipo de déficit en el sujeto sobre el que actúa. De ahí que la noción de "paternalismo duro" nos remita o bien a otras figuras en las que no se trata tanto de proteger al individuo como de perseguir algunas formas de explotación inmorales, salvaguardar el orden público, etc.[45], o bien a casos de paternalismo ejercido sobre el presupuesto erróneo de la existencia de algún déficit en los destinatarios de la medida. Pero estas consideraciones ya están demandando pasar al siguiente apartado sobre la justificación del paternalismo.

2. La justificación del paternalismo

Entendido el paternalismo según mi definición, ninguna doctrina política completa ha rechazado frontalmente el paternalismo porque todas lo han admitido en algunos casos. Al menos, todas las doctrinas han admitido la justificación del paternalismo en relación con los niños. Este paternalismo universalmente aceptado, el paternalismo con respecto a los niños, parece constituir el punto de partida adecuado para tratar de la justificación del pa-

---

[42] Devlin, Patrick: *The Enforcement of Morals*, ed. Oxford University Press, 1968, p. 6. La concepción del moralismo jurídico que mejor explica la posición de Patrick Devlin es la que lo pone en relación con el denominado *comunitarismo,* de manera que se trata de imponer coactivamente la moral de una sociedad, en la medida en que se entiende que cierto conjunto de creencias y valores tienen un carácter constitutivo de ese grupo social. Lo que parece estar en juego en los actos que atentan contra la moral social es, por tanto, la existencia de la sociedad misma. Sobre esta aproximación al concepto de moralismo jurídico, véase: Colomer, José Luis: "Libertad individual y límites del derecho", en Díaz, Elías y José Luis Colomer (dirs.): *Estado, justicia, derechos*, Alianza Editorial, Madrid, 2002, pp. 183 y ss.

[43] Hart, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, ed. Stanford University Press, 1963, p. 31.

[44] Hart, H.L.A.: *Law, Liberty and Morality*, *cit.,* p. 32.

[45] Un ejemplo de este tipo de intervenciones sería el delito del art. 155 del Código penal español, de acuerdo con el cual "en los delitos de lesiones si ha mediado el consentimiento libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena inferior en uno o dos grados". Se trataría, a mi juicio, de uno de esos delitos "contra la sociedad" (contra el "orden público" podría decirse) que trataría de sancionar la inmoralidad intrínseca del acto de producir lesiones a otro, con la única justificación (pretendida) por parte del agresor del consentimiento de la víctima.

ternalismo y, de hecho, tanto en la tradición del pensamiento político (Aristóteles, Thomas Hobbes, John Locke) como en las más recientes aportaciones (Gerald Dworkin) ésa ha sido la estrategia argumentativa escogida.

La universalización de la aceptación del paternalismo en relación con los niños juega en dos direcciones: por un lado, parece implicar que los adultos en tanto que no son niños no deben ser tratados de la misma manera y, por otro lado, exige que si los adultos son iguales a los niños en algunos aspectos relevantes deben ser tratados de la misma manera.

La conciliación de estos dos aspectos del principio de igualdad formal se realiza a través de la construcción de una noción más general que la de minoridad y que incluiría a ésta: la noción de incapacidad Así, debemos decir que los niños pueden ser tratados paternalistamente no por el simple hecho de ser niños, sino porque esa propiedad conlleva, en la mayoría de los casos, otra: la de ser incapaces. El juicio moral más general es, por tanto, que puede estar justificado tratar paternalistamente a los incapaces, sean niños o adultos.

Uno de los elementos claves de la justificación del paternalismo es el del contexto en el que se lleva a cabo la interferencia paternalista. La distinción propuesta por Jack D. Douglas entre paternalismo cooperativo y conflictivo[46] me parece interesante entenderla como paternalismo en contextos (potencialmente) cooperativos y paternalismo en contextos (potencialmente) conflictivos. La familia sería el modelo del paternalismo cooperativo y el Estado el del paternalismo conflictivo. Habría dos diferencias relevantes entre estos contextos: la primera es sobre el mayor o menor grado de posibilidad de que el paternalismo sea genuino paternalismo (es decir, genuinamente benevolente) y la segunda sobre el mayor o menor grado de posibilidad de conocimiento de los intereses del sujeto tratado paternalistamente.

El paternalismo en el ámbito de la familia se caracterizaría por una alta probabilidad de que el agente A actúe movido exclusivamente por el bien de B y también por una alta probabilidad de que los intereses (subjetivos) de B sean conocidos por A. Por el contrario, en el ámbito estatal la probabilidad de que el Estado actúe movido exclusivamente por el bien del sujeto B puede ser muy baja y también se puede dudar de las posibilidades de

[46] Este autor define el "paternalismo cooperativo" como "cualquier forma de paternalismo (hacer el bien a otros en nombre de lo que "es bueno para ellos") en la que aquellos que actúan paternalistamente están actuando sinceramente para ayudar a la otra persona a devenir más independientemente competente a largo plazo, y la otra persona cree sinceramente que éste es el caso"; y el "paternalismo conflictivo" como aquél que "no está orientado a la competencia independiente e igualdad a largo plazo del miembro subordinado de la relación". Véase: Douglas, Jack D.: "Cooperative Paternalism versus Conflictual Paternalism", en Sartorius, Rolf (ed): *Paternalism, cit.,* 1987, pp. 171-200.

este agente de conocer los intereses (subjetivos) de B. Estas observaciones generales fundamentan la postura que sostiene que el cuidado y educación de los menores debe estar en manos de sus progenitores y el Estado debe, tan sólo, supervisar y vigilar, de forma muy general, el cumplimiento de estos deberes.

En lo que sigue me referiré principalmente a la justificación del paternalismo en contextos conflictivos y, en particular, al paternalismo en la relación del Estado con sus ciudadanos. En éste ámbito, parece haber un acuerdo casi unánime sobre la importancia del principio de autonomía individual, que podría verse como un principio que a partir de una formulación muy general, "deben respetarse las decisiones privadas de los individuos", establece una obligación *prima facie* de no interferencia. Sin embargo, también es plausible afirmar la validez de una principio de bienestar, de acuerdo con el cual el Estado debe velar por el bienestar de sus ciudadanos. El principio de paternalismo justificado sería un principio secundario[47], que constituiría una especificación del alcance que se le ha de reconocer al principio de autonomía individual en relación con consideraciones de bienestar individual.

A mi juicio, dicho principio de paternalismo justificado podría enunciarse de la siguiente manera:

A ejerce paternalismo sobre B por medio de X, de forma justificada si y sólo si:

1) X es una medida idónea y necesaria, en el sentido de que evita que B se dañe a sí mismo o incremente el riesgo de daños (siendo estos daños de tipo físico, psíquico o económico) y no hay una forma alternativa no paternalista y de costes razonables para evitar esos daños, y

2) la tendencia a la producción de esos daños o el incremento de riesgo de daños tiene su fuente en una situación de incapacidad básica del sujeto B, y

3) se puede presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento tanto a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones como al contenido concreto de X, si no estuviera en una situación de incapacidad básica.

A continuación, examinaré cada una de las condiciones de justificación propuestas.

---

[47] Una caracterización de los principios de la bioética como un conjunto de principios primarios y secundarios (en la que el paternalismo es un principio secundario al principio de autonomía) puede verse en Atienza, Manuel: "Juridificar la bioética", en Rodolfo Vázquez (comp.): *Bioética y derecho*, Ed. FCE-Itam, México, 1999.

2.1. La idoneidad y la necesidad de la medida paternalista

El juicio de idoneidad de una medida paternalista x se compone de dos partes: primero, la determinación de que algo es un daño para el sujeto B y, segundo, la determinación de que x es un medio adecuado para evitar ese daño.

En contextos cooperativos de paternalismo es donde más fácil parece fundamentar la primera parte del juicio de idoneidad. La cercanía entre los sujetos de la relación paternalista favorece que el agente A esté en condiciones de determinar con mayor fiabilidad qué constituye un daño para B. La determinación de que cierta conducta de B constituye un daño o el incremento de riesgo de daño para B no es un juicio particularmente difícil, en el sentido de que esa conducta daña algún interés de B. El problema reside en determinar si esa conducta daña a B y, además, ese daño no es compensado por la mayor protección o promoción de otro interés del individuo. Una persona puede, por ejemplo, preferir el dolor a una prolongación del tratamiento hospitalario. Si A trata de evitar el dolor a costa de alargar su hospitalización, podría decirse que, ciertamente, A ha evitado un daño B, pero no que le ha evitado un daño como resultado final (es decir, tomando en cuenta cómo son afectados otros intereses de B). Por el contrario, conforme modificamos la situación hacia contextos conflictivos de paternalismo la primera parte del juicio de idoneidad deviene más complicada.

La segunda parte del juicio de idoneidad así como el juicio de necesidad (aquel que establece que no existe una medida alternativa que logre el mismo objetivo pero a un menor coste) son, igualmente, más sencillas en contextos cooperativos que en contextos conflictivos de paternalismo. No obstante, la forma personal en que se ejerce el paternalismo en contextos cooperativos (el padre en la familia, el médico en su unidad, etc.) puede derivar con frecuencia en un *autoritarismo* (aunque benevolente) que sería una desviación del paternalismo justificado basado en el incumplimiento de la condición de necesidad de la medida. En contextos conflictivos y, en particular, en relación con el paternalismo estatal la corrección de la segunda parte de los juicios de idoneidad y de los juicios de necesidad depende de su conformidad con las teorías sobre la legislación y las políticas públicas. Algunas de las políticas orientadas a evitar los daños derivados del consumo de drogas, por ejemplo, están hace tiempo en discusión por las dudas que suscitan al respecto de su idoneidad y necesidad; en particular, los castigos penales no parecen ni idóneos ni necesarios para el paternalismo.

En todo caso, me parece importante resaltar que el argumento de la inutilidad no es aplicable en abstracto contra las medidas paternalistas, aún cuando se trate de paternalismo estatal. De acuerdo con este argumento, el paternalismo estatal sería rechazable en general porque necesariamente es

contraproducente, es decir, tal y como sostiene John S. Mill, porque el individuo siempre sale perdiendo con la interferencia paternalista. A mi juicio, sin embargo, en la medida en que la interferencia paternalista se limite a la protección de los intereses más básicos de los individuos, sobre el presupuesto de que si estos intereses están amenazados es porque los individuos se hallan en una posición de incapacidad básica, no hay razón para sostener el argumento de la inutilidad contra el paternalismo estatal en general. Por otro lado, como ha señalado Cass R. Sunstein, si la interferencia produce un cambio en las preferencias de los individuos no cabría aplicar este argumento de la inutilidad: por ejemplo, la imposición del cinturón de seguridad termina creando el hábito de ponerse el cinturón y disolviendo, por tanto, la oposición inicial[48]. La mayoría de las medidas paternalistas suelen pretender (y producir) este efecto de modificación de las preferencias mismas.

Sin embargo, el argumento de la inutilidad es de aplicación directa contra el perfeccionismo estatal. Con respecto a cuestiones morales, creencias religiosas o, en general, los aspectos más importantes del plan de vida del individuo habría un vínculo constitutivo entre convicción y valor. Éste sería el argumento principal de, por ejemplo, John Locke contra la imposición de las creencias religiosas (las creencias tienen valor si son asumidas por el individuo, si son impuestas ya no tienen valor)[49] y, en nuestro tiempo, de Ronald Dworkin, quien distingue entre un paternalismo crítico coercitivo y un paternalismo volitivo[50]. Según este último autor, el paternalismo crítico coercitivo se caracterizaría porque el Estado intenta "mejorar la vida de los ciudadanos obligándoles a actuar de maneras que ellos piensan que empeoran su vida"[51], a lo que añade que "una buena parte del paternalismo estatal no es de carácter crítico, sino volitivo: el Estado obliga a la gente a usar los cinturones de seguridad para evitarles un daño que supone que ellos mismos ya desean evitar"[52], de ahí que este último paternalismo iría sólo contra la voluntad de los ciudadanos, mientras que el primero iría además contra su convicción.

El "paternalismo crítico coercitivo" no sería "paternalismo" de acuerdo con mi definición, se trataría de moralismo jurídico, y contra él se puede

---

[48] Véase: Sunstein, Cass R.: "Legal Interference with Private Preferences", *cit*., pp. 1136-1138; y De Páramo Argüelles, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo,* ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 38.

[49] Véase: Locke, John: *Carta sobre la tolerancia*, ed. Tecnos, Madrid, 1985; y De Páramo Argüelles, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo*, *cit.,* pp. 31-35.

[50] Véase: Dworkin, Ronald: *Ética privada e igualitarismo político*, ed. Paidós, Barcelona, 1993, pp. 140-154.

[51] Dworkin, Ronald: *Ética privada e igualitarismo político, cit.,* p. 143.

[52] *Ibídem*.

esgrimir el argumento de la inutilidad de la siguiente manera: alguien puede pensar que, por ejemplo, la devoción religiosa es importante, "pero no puede pensar que la observancia religiosa involuntaria, orar a la sombra del potro de tortura, tiene valor ético alguno"[53].

2.2. La incapacidad básica del sujeto tratado paternalistamente

El aspecto más problemático de la justificación del paternalismo lo constituye, sin duda, la idea de incapacidad. Al respecto, en primer lugar, me parece útil seguir la propuesta de Ernesto Garzón y partir, por lo que respecta al paternalismo, de una concepción general de la incapacidad[54], de manera que ésta no se entienda como una circunstancia entre otras que afecta a la voluntariedad de una decisión (la incapacidad en sentido estricto)[55], sino que sería el concepto más general que da cuenta de una forma unitaria de todos los factores que pueden reducir la voluntariedad de un acto.

En segundo lugar, me parece importante distinguir, tal y como hacen Tom L. Beauchamp y James F. Childress, entre la *función* que cumple la noción de capacidad, su *definición*, los *estándares* de capacidad y las *pruebas* para establecer la capacidad. La *función* de los juicios de capacidad es distinguir entre las personas cuyas decisiones auto-referentes deben ser respetadas (capaces) y las personas cuyas decisiones *pueden* no ser respetadas (incapaces). Con respecto a la definición de capacidad, todos los autores coinciden en que la capacidad consiste en "la capacidad para desempeñar una determinada tarea" y Joel Feinberg[56], Ernesto Garzón[57], Bernard Gert y Charles M. Culver coincidirían en que se trata más específicamente en "la capacidad para tomar una decisión *racional*"[58].

La capacidad relevante a los efectos de la justificación del paternalismo es una noción de todo o nada. Para que la determinación del grupo de los incapaces se haga razonablemente, es necesario aceptar la propuesta de

[53] Dworkin, Ronald: *Ética privada e igualitarismo político, cit.,* p. 144.

[54] Véase: Garzón Valdés, Ernesto: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *cit*., pp. 165 y ss. Ernesto Garzón utiliza el término "incompetencia" y no el de "incapacidad". Con el mismo sentido, utilizaré sin embargo este segundo término porque creo que se ajusta más a la tradición jurídica del Derecho privado español.

[55] Esta incapacidad en sentido estricto hace referencia al estado de un individuo cuyas facultades están dañadas o no desarrolladas, de forma temporal o permanente.

[56] Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit*., p. 28.

[57] Garzón Valdés, Ernesto: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *cit*., p. 165.

[58] Gert, Bernard, Charles M. Culver y K. Danner Clouser: *Bioethics. A Return to Fundamentals, cit*., p. 137.

Ernesto Garzón y Daniel Wikler[59] de partir de un concepto de "capacidad básica", es decir, serían capaces todos aquellos que tienen la capacidad *mínima* necesaria para afrontar las tareas y desafíos que plantea la consecución del bienestar individual. Otra forma de decir lo mismo es indicando que un estándar adecuado de la capacidad debe dejar a la mayoría de los adultos del lado de la capacidad.

Creo que tienen razón Allen Buchanan y Dan Brock cuando defienden que "el nivel de capacidad que es exigible para tomar una decisión en particular debe ajustarse a las consecuencias de actuar conforme a esa decisión"[60]. Esta estrategia de la escala móvil en el nivel de capacidad mínima exigible se apoyaría en la idea de que las decisiones que conllevan graves consecuencias son más complejas (me inclino a pensar que es así) y en que, como sostiene Joel Feinberg, el sentido común aconsejaría manejar este estándar móvil. Las reglas prácticas que este último autor nos propone para determinar el estándar de voluntariedad aplicable[61], se podrían adaptar a la concepción general de la incapacidad de la siguiente manera:

1) Cuanto mayor sea el riesgo de una conducta, tanto mayor debe ser el grado de capacidad requerido para permitir la conducta.
2) Cuanto más irremediable sea el daño arriesgado, tanto mayor debe ser el grado de capacidad requerido para permitir la conducta[62].
3) El estándar de capacidad debe adaptarse de otras maneras a las diversas circunstancias especiales[63].

De acuerdo con estas reglas, el estándar de capacidad exigible para, por ejemplo, rechazar un tratamiento cuando este rechazo puede suponer la muerte debe ser más alto que el estándar de capacidad exigible para un rechazo cuyas consecuencias son menos graves. La capacidad mínima exi-

---

[59] Véase: Wikler, Daniel: "Paternalism and the Mildly Retarded", en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit*.

[60] Brock, Dan y Allen Buchanan: *Deciding for Others*, ed. Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 52. Junto a este trabajo, hay otra elaboración muy destacada de la "escala móvil" que se debe a James F. Drane, véase: Drane, James F.: "Competence to Give an Informed Consent. A Model for Making Clinical Assessments", en *Journal of the American Medical Association*, 252 (1984), pp. 925-927; y Drane, James F.: The Many Faces of Competency, en *Hastings Center Report*, 1985, pp. 17-21.

[61] Joel Feinberg propone que las únicas interferencias paternalistas justificadas son aquellas que tratan de evitar a los individuos las consecuencias dañosas de sus acciones, siempre que estas acciones sean insuficientemente voluntarias o una intervención temporal sea necesaria para determinar la voluntariedad de las acciones. Véase: Feinberg, Joel: Harm to Self, *cit*.

[62] Gerald Dworkin considera como uno de los factores relevantes para la justificación del paternalismo que se trate de evitar "decisiones que suponen cambios irreversibles", en Dwokin, Gerald: "Paternalism", en Sartorius, Rolf: *Paternalism, cit*., p. 31.

[63] Feinberg, Joel: Harm to Self, *cit*., p. 114.

gible para rechazar un tratamiento vital sería mayor que para rechazar un tratamiento no vital. A su vez, creo que estas mismas reglas podrían manejarse con respecto a la prueba de la capacidad y, por tanto, la prueba de la capacidad en una decisión de vida o muerte debe ser más exigente que en una decisión de menor gravedad.

Un tópico importante en torno al manejo de la noción de capacidad dice que la incapacidad de un sujeto debe poder determinarse con independencia del contenido de su decisión. Todos los autores coinciden en que decir que la decisión x de B no debe ser respetada porque B es incapaz, cuando la única razón para juzgar a B incapaz es que ha tomado la decisión x, es una forma de "hacer trampas" con la noción de incapacidad. De ahí que se exija que la capacidad se determine por medio de un test independiente que evalúe las capacidades de los individuos para tomar ciertas decisiones. Si bien lo anterior es correcto, me parece que también lo sería afirmar que la capacidad o incapacidad de B para decidir x depende de si x es racional, siempre que se entienda (correctamente) que decir que "x es una decisión racional para B" supone hacer un juicio que pone en relación el contenido de la decisión x con las creencias, preferencias y los procesos de formación de creencias y preferencias del propio B.

De acuerdo con la teoría estricta de la racionalidad, la racionalidad de un acto depende de las propias creencias y deseos del agente[64]. El requisito fundamental de racionalidad sería la *consistencia* de las creencias y de los deseos. Para determinar si una acción x de B es irracional en este sentido estricto, debemos conocer las creencias y deseos relevantes de B para la acción x y juzgar si son inconsistentes. Una vez que hemos determinado que x es irracional para B en este sentido estricto, es plausible sostener que hemos determinado, a la vez, que B está en una situación de incapacidad.

De acuerdo con una teoría amplia de la racionalidad, un sujeto que actúa consistentemente de acuerdo con sus creencias y deseos consistentes puede actuar todavía irracionalmente. Aquí se trata de ver la racionalidad sustantiva de los deseos y las creencias y no, únicamente, su consistencia interna. Jon Elster propone que "valoremos la racionalidad amplia de las creencias y los deseos observando el modo en que están conformados"[65]. Los deseos y las creencias irracionales, en este sentido, son aquellos que tienen algún "tipo erróneo de historia causal"[66]. En positivo, la "capacidad"

[64] Sobre la concepción estricta y amplia de la racionalidad sigo a Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, *cit.* Véase, igualmente: Davidson, Donald: *Essays on Actions and Events*, ed. Oxford University Press, 1980.

[65] Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, *cit*., p. 29.

[66] *Ibídem.*

necesaria para formar creencias racionales sería el "buen juicio", es decir, "la capacidad de sintetizar información vasta y difusa que más o menos claramente trata acerca del problema que nos ocupa, de tal modo que no haya un conjunto de elementos al que se le dé una importancia indebida"[67]; mientras que la "capacidad" necesaria para formar preferencias racionales sería la "autonomía". Jon Elster no encuentra una forma satisfactoria de definir la autonomía en positivo por lo que propone entenderla "como un mero residuo, como aquello que queda una vez hemos eliminado los deseos que han sido modelados por algunos de los mecanismos de la breve lista de preferencias irracionales"[68], a lo que añade, "de modo similar, la cualidad del juicio para las creencias debe ser entendida como la ausencia de distorsiones e ilusiones"[69].

Al igual que ocurre con el concepto de "decisión estrictamente irracional", cuando se trata de una "decisión sustancialmente irracional" no basta únicamente con conocer el sentido de la decisión (por ejemplo, suicidarse o no), sino que hay que indagar el origen de la misma, a la búsqueda de elementos distorsionadores del buen juicio o de la autonomía. Por esto, a la vez que podemos decir que el juicio de incapacidad sobre el sujeto B en relación con la decisión x depende de la racionalidad, formal o sustancial, de x, podemos decir que el juicio de incapacidad no depende únicamente del contenido de la decisión x.

Un presupuesto importante de las anteriores consideraciones es que, como sostiene Jon Elster, "entre la teoría estricta de lo racional y la teoría completa de lo verdadero y de lo bueno hay suficiente espacio y necesidad para una teoría amplia de la racionalidad"[70]. Esto es importante porque nos permite entender la pretensión del paternalista de diferenciarse del moralista, cuya preocupación no sería la racionalidad de las acciones, en los sentidos explicados, sino la corrección moral de las mismas.

A partir de esta caracterización general de la noción de capacidad básica, lo más importante es determinar qué tipos de factores pueden interferir con la misma. Una primera clasificación de estos factores resultaría de aplicar una doble distinción: (1) factores de incapacidad que afectan a aspectos cognitivos o volitivos, y (2) factores de incapacidad que son consecuencia

---

[67] Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, *cit*., p. 30.

[68] Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., p. 41. Un resumen de la concepción de la autonomía de Jon Elster puesta en relación con los presupuestos del liberalismo político puede verse en De Páramo, Juan Ramón: *Tolerancia y liberalismo, cit*., pp. 71-75.

[69] Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, cit., p. 41.

[70] Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, *cit*., p. 29.

de elementos externos o internos[71]. Al entrecruzar estas dos distinción obtendríamos la siguiente tabla:

Tipos de incapacidad (I)

	Origen interno	Origen externo
Aspectos cognitivos	I	III
Aspectos volitivos	II	IV

Conviene advertir que en un sentido estricto de incapacidad (que es el utilizado por los civilistas), ésta se refiere únicamente a I y II, es decir, a aquello que puede considerarse un *estado o condición* del sujeto (permanente o transitoria) que afecta a la capacidad de un individuo para tomar decisiones racionales, en ausencia de una causa externa que esté produciendo esos mismos efectos. Las incapacidades tipo III y IV serían incapacidades (básicas) relativas, en el sentido de que la desaparición de la causa externa que interfiere con los aspectos cognitivos o volitivos supone que el individuo recobra la capacidad.

Cada uno de estos tipos de incapacidad puede dar lugar a un tratado independiente. Aquí quisiera tan sólo hacer algunos comentarios que pudieran ser de utilidad para la justificación de interferencias paternalistas.

A) Incapacidades tipo I

En primer lugar, hay que señalar que las consecuencias dañosas de una acción intencional pueden considerarse como "auto-infligidas", aunque el agente no tuviera la intención de provocar esas consecuencias. Éste es un punto importante, porque el factor de la ignorancia puede jugar tanto en la descripción de las acciones como en la determinación de su voluntariedad: una acción de auto-daño "involuntaria" en el sentido de afectada por la presencia del factor de la ignorancia o del error puede ser considerada, sin embargo, "voluntaria" en el sentido de que el daño es una consecuencia de una acción intencional[72].

La ignorancia y el error están siempre presentes en la actividad humana. Por esto es necesario hablar siempre, a los efectos de la justificación del paternalismo, de ignorancia o error relevante. Podría decirse que la ignorancia y el error son relevantes en un acto de auto-daño cuando el agente hubiera

[71] Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, *cit*., p. 29.

[72] Éste sería el sentido en el que podemos decir que los daños que se ha causado un individuo al consumir una droga peligrosa, cuando desconocía la nocividad de la sustancia, son "auto-infligidos".

actuado de otra manera si sus creencias no hubieran estado afectadas por el error o la ignorancia.

Este tipo I de incapacidad se caracterizaría porque afecta a los aspectos cognitivos del proceso de adopción de decisiones racionales y se manifestaría siempre por la presencia de

a) *Ignorancia relevante*, cuando ésta no se debe al ocultamiento de información por otro: por ejemplo, la ignorancia de los efectos de las drogas, y/o

b) *Creencias erróneas relevantes*, cuando éstas no se deben al engaño de otro: por ejemplo, la creencia en que hay una probabilidad más alta de la real de ganar en la lotería (entre estas creencias erróneas merece la pena destacar a las creencias *inconsistentes* del individuo: por ejemplo, mantener simultáneamente la creencia de que "llevar un amuleto no me traerá suerte" y de que "los amuletos traen suerte a aquellos que no creen que les traerá suerte").

Ante la presencia de estos factores de incapacidad, el anti-paternalista suele indicar que lo único que se requiere para retornar a los sujetos a la capacidad es proporcionarles la información necesaria. Sin embargo, el paternalista replicará que, en primer lugar, esto no siempre es así y, en segundo lugar, que podría concebirse todo un conjunto de medidas paternalistas orientadas a asegurarse que los individuos tengan la información relevante. Una de estas medidas sería, a mi juicio, la campaña de información sobre los efectos del consumo de tabaco consistente en incluir en los paquetes de tabaco avisos sobre estos efectos. La medida va más allá de la facilitación de información adecuada sobre el tabaco, consiste más bien en confrontar al fumador con las consecuencias de su hábito, porque casi irremediablemente al coger sus cigarrillos verá los avisos (salvo que, como hacen algunos fumadores, tapen estos avisos metiendo el paquete de tabaco en una tabaquera). Este caso muestra dos aspectos: primero, que hay medidas paternalistas que consisten en imponer la información (esta sería, por cierto, una parte de la doctrina del consentimiento informado en bioética cuando los pacientes prefieren no saber) y, segundo, que los individuos pueden no utilizar la información de que disponen.

Entre las causas más frecuentes de este tipo de incapacidad I se pueden señalar:

I.a) *Enfermedades mentales*: tales como los trastornos psicóticos (esquizofrenia, demencia, formas extremas de depresión) que provocan una pérdida de contacto con la realidad; trastornos neuróticos como la paranoia, que se caracteriza por sostener creencias falsas de forma resistente a toda crítica; el retraso mental; la anorexia nerviosa, que se caracteriza por la dismorfofobia (imagen distorsionada del propio cuerpo); y, en general,

cualquier trastorno mental que dificulte las tareas de comprender, apreciar o procesar información.

I.b) *Deficiencias graves de educación en adultos*[73].

I.c) *Inmadurez.*

I.d) *Estados de intoxicación por sustancias psicoactivas*.

I.e) *Creencias que resultan de una racionalización de la esperanza*: por ejemplo, la mujer maltratada que cree que su compañero maltratador va a dejar de maltratarla en el futuro (la mujer termina creyendo lo que quiere creer).

I.f) *Errores inferenciales*: por ejemplo, el que cree que después de haber sobrevivido a un grave accidente de tráfico las probabilidades de que le "toque" de nuevo son mucho menores que antes del accidente (es la idea que expresa la frase "yo ya he tenido mi parte de mala suerte").

B) Incapacidades tipo II

Este tipo II de incapacidad se caracterizaría porque afecta a los aspectos volitivos del proceso de adopción de decisiones racionales y se manifestaría siempre por la presencia de *preferencias irracionales* (ya sean "irracionales" según una concepción estricta de la racionalidad o de acuerdo con una concepción amplia de la racionalidad).

Entre las causas más frecuentes de este tipo II de incapacidad se pueden señalar las siguientes:

II.a) *Preferencias inconsistentes*: por ejemplo, el fenómeno de la debilidad de la voluntad.

II.b) *Enfermedades mentales*: en particular, los trastornos neuróticos como las fobias, el comportamiento obsesivo-compulsivo, la hipocondria, etc.

II.c) *Inmadurez*

II.d) *Estados de intoxicación por sustancias psicoactivas*.

II.e) *Adicciones*

II.f) *Formación de preferencias adaptativas*: un proceso causal que ocurre de manera no consciente por el que el individuo ajusta sus voliciones a sus posibilidades (por ejemplo, la mujer que prefiere ser "ama de casa" a otras opciones laborales cuando la sociedad no permite el ingreso de la mujer en el mercado de trabajo)[74].

---

[73] Téngase en cuenta que estas consideraciones se limitan a la capacidad *básica*, lo cual supone que carecen de ella aquellas personas que no tienen aquellos conocimientos que son normales en la mayoría y que permiten satisfacer las necesidades básicas y enfrentarse a los problemas más cotidianos de la vida.

[74] Véase: Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, *cit*., pp. 159 y ss.

II.g) *Cambio de preferencias por estructuración*: un proceso que, nos aclara Jon Elster, "ocurre cuando cambia el relativo atractivo de las opciones cuando la situación de elección es reestructurada de tal modo que racionalmente no se vean diferencias entre ellas" (por ejemplo, quien compra un producto cuando por hacerlo le regalan otro, pero no compraría ambos productos por separado aun cuando la suma del precio de los dos fuera igual al precio del primer producto con regalo)[75].

C) Incapacidades tipo III

Este tipo de incapacidad se manifiesta de la misma manera que la incapacidad tipo I, pero la causa de la incapacidad es externa al individuo. Las causas de este tipo III de incapacidad son: III.a) el ocultamiento de información, y III.b) el engaño.

D) Incapacidades tipo IV

Este tipo de incapacidad se manifiesta de la misma manera que la incapacidad tipo II, pero la causa de la incapacidad es externa al individuo. Las causas de este tipo IV de incapacidad son: IV.a) las amenazas, y IV.b) las ofertas coactivas (cuando el ofertante ha creado las condiciones coactivas)[76].

2.3. El consentimiento hipotético racional a la medida

Esta condición de justificación tiene dos partes: En primer lugar, se exige que *se pueda presumir racionalmente que B prestaría su consentimiento a la posibilidad general de ser tratado paternalistamente por A en ciertas ocasiones.* Lo que me parece fundamental resaltar es que este juicio racional depende del contexto de la relación paternalista y, en particular, de quiénes sean los sujetos de la relación paternalista. Si no me equivoco, el principal argumento de muchos autores liberales contra el paternalismo consistiría en afirmar que aceptar casos de paternalismo justificado cuando el agente A es el Estado no es racional (éste sería el "argumento más fuerte"[77] de John S. Mill contra el paternalismo). Por otro lado, habría autores que, como John Rawls, han sostenido que aceptar casos de paternalismo estatal sí sería racional[78] o que, como Ernesto Garzón, han sostenido, incluso, que sería irracional no aceptarlos[79].

---

[75] Elster, Jon: *Uvas amargas. Sobre la subversión de la racionalidad*, *cit*., p. 42.

[76] Feinberg, Joel: *Harm to Self, cit*., p. 246.

[77] Véase: Mill, John S.: *Sobre la libertad. cit*., p. 164.

[78] Rawls, John: *Teoría de la Justicia*, ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 234 y ss.

[79] Garzón Valdés, Ernesto: "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", *cit*.

Convendría precisar, en primer lugar, que el problema se plantea principalmente con el paternalismo estatal (jurídico o no) y no tanto con el paternalismo jurídico no estatal. La razón de esta diferencia reside en la distinción apuntada anteriormente entre contextos cooperativos y conflictivos de paternalismo. Creo que todo el mundo estaría de acuerdo en que es racional admitir la posibilidad de casos de paternalismo justificado en contextos cooperativos y que esa posibilidad debe verse reflejada en las leyes, de manera que se permita jurídicamente lo que parece moralmente justificado.

Qué constituya un contexto cooperativo depende de las circunstancias concretas. La familia, como se dijo, es el contexto cooperativo por excelencia, pero hay muchos casos en la realidad en que no es así. Confiar a la institución de la familia el cuidado y educación de los menores parece más razonable si se piensa que de esta manera se limita el paternalismo a contextos cooperativos (donde tiene más probabilidades de ser genuino y exitoso paternalismo) en detrimento de contextos más amplios y conflictivos. Igualmente, la práctica médica tradicional del médico de cabecera puede ser interpretada como un contexto de paternalismo cooperativo, en el cual el conocimiento íntimo del paciente por parte del médico capacitan a este último para (1) conocer qué evita daños realmente al paciente, (2) determinar con exactitud si el paciente esta en una situación de incapacidad y (3) juzgar si el paciente hubiera consentido a la intervención en el caso de no estar en una situación de incapacidad básica. La crisis de este modelo y el desarrollo de formas de relación médico-paciente cada vez más despersonalizadas acerca la práctica de la medicina a un contexto de paternalismo conflictivo. Finalmente, lo mismo puede decirse del paternalismo industrial (que podría definirse como aquel en el que el agente A es el empresario y el sujeto B son los trabajadores): conforme el ambiente de la empresa es menos familiar o gremial y más capitalista, el conflicto de intereses entre ambas partes se agudiza y el contexto para el paternalismo se torna conflictivo.

Pues bien, la pregunta que quisiera plantear es la siguiente: ¿Es racional aceptar la posibilidad de que un Estado democrático y constitucional ejerza el paternalismo, tal y como se ha definido, sobre los ciudadanos, cumplidas las otras condiciones de justificación? Asumiré que para responder a esta pregunta correctamente debe, en primer lugar, operarse con una regla *maximin* de decisión[80], en segundo lugar, debe aceptarse el hecho de que todos los seres humanos se hallan en una situación de incapacidad en algún momento de su vida (algunos permanentemente) y que en esos momentos de incapacidad pueden dañar seriamente sus intereses y, en tercer lugar,

[80] Una sencilla descripción de esta regla puede encontrarse en: Rawls, John: *Teoría de la justicia*, *cit*., pp. 150 y ss.

debe entenderse que la pregunta se plantea en términos generales (no se pregunta por lo que sería racional para algún individuo en concreto, sino por lo que sería racional aceptar por los ciudadanos). De acuerdo con esta regla, debemos considerar, en primer lugar, la peor de las situaciones posibles y, en segundo lugar, juzgar preferible aquella opción que mejora esta situación. La adopción de la regla *maximin* se justifica por la desconfianza ante la posibilidad de que el Estado actúe como padre, dado el contexto de intereses en conflicto en el que se desenvuelve la acción estatal. Veamos, cómo operaría esta regla, en relación con algunos de los supuestos más importantes de paternalismo.

Pensemos, en primer lugar, en *la irrenunciabilidad de los derechos*. Es racional que los ciudadanos quieran tener sus derechos garantizados jurídicamente, pero de ahí no se sigue sin más que sea racional, además, que esos derechos sean también irrenunciables para los mismos beneficiados por ellos. Para aplicar la regla *maximin* debemos juzgar cuál es la mejor de estas dos peores situaciones posibles: una, en la que renunciamos a algunos de nuestros derechos porque somos coaccionados, engañados o, en general, nos hallamos en una situación de incapacidad básica y, otra, en la que no se nos permite renunciar a alguno de nuestros derechos cuando tenemos buenas razones para ello. Hay que tener en cuenta que por "renunciar a un derecho" me refiero a "renunciar a su titularidad" no a "no ejercer un derecho": por ejemplo, renunciar al derecho a la vida supone dejar en manos de otro la decisión de si debo continuar viviendo o no, mientras que no ejercer el derecho a la vida supone decidir suicidarme o permitir a otro que me mate. A mi juicio, la decisión racional sería admitir la irrenunciabilidad a los derechos en tanto que se permita su no ejercicio.

Un paso adelante sería considerar si alguno de nuestros derechos irrenunciables deberían ser, además, *derechos de ejercicio obligatorio*. Se trataría de derechos cuyo beneficio para el titular debe ser impuesto. El ejemplo más común de este tipo de derechos (en el contexto de nuestro sistema jurídico) sería el derecho a la educación, pero, como ha señalado Liborio Hierro, habría otros tales como el derecho de defensa, el *habeas corpus*, la igualdad ante la ley, etc.[81]. Este tipo de derechos serían "derechos-obligación", es decir, "derechos" porque fundamentan una pretensión frente a otros (particularmente al Estado) de proporcionar los medios necesarios

[81] Hierro, Liborio: "Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto", en *Sistema*, 46 (1982), p. 48.

para su satisfacción y de no interferencia con su ejercicio y "obligación" porque el titular no puede elegir no ejercitarlo[82].

La fundamentación de estos derechos-obligación pasa por la teoría de las necesidades básicas. Sobre este concepto de "necesidad básica" quisiera destacar tan sólo dos propiedades que me parecen relevantes para juzgar sobre la justificación del paternalismo estatal: primero, los bienes básicos o primarios tienen un carácter esencialmente instrumental y es plausible sostener que por sí solos no tienen valor alguno y, segundo, hay situaciones dramáticas en las que la satisfacción de una necesidad básica conlleva la insatisfacción de otra. Estas consideraciones menoscaban la posición de que cabe fundar una presunción general de que todo individuo que, con sus acciones y omisiones, frustra la satisfacción de sus necesidades básicas está en una situación de incapacidad básica y, de ahí, la necesidad de tener en cuenta la segunda parte de la condición de justificación que se está comentado: que se pueda presumir racionalmente *que B prestaría su consentimiento a la acción paternalista en concreto, si no estuviera en una situación de incapacidad básica*.

El caso más claro a este respecto sería el de la configuración del derecho a la vida como un "derecho-obligación". La prohibición penal de la práctica de la eutanasia se apoya, en ocasiones, en una concepción del derecho a la vida como un derecho-obligatorio. Sin embargo, los defensores de la prohibición desatienden sistemáticamente un aspecto relevante de la cuestión: la situación en la que queda la persona a la que se le niega la eutanasia. Ésta situación conlleva, por un lado, una insatisfacción de necesidades básicas, como la de "no sufrir graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar", y, por otro lado, resta valor instrumental a la vida cuando "conduce (en un plazo breve) necesariamente a la muerte". En este contexto me parece implausible una presunción general de que los solicitantes de eutanasia son incapaces. A esto hay que añadir que el desarrollo de las ciencias biomédicas ha multiplicado las ocasiones en las que estas situaciones se pueden dar. No obstante, se podría contra-argumentar diciendo que la regla *maximin* hace preferible asumir el riesgo de quedar entre la espada y la pared de la enfermedad y la prohibición, al riesgo de que se nos practique la eutanasia cuando no hemos consentido válidamente por hallarnos en una situación de

[82] Sobre el concepto de "derechos" aplicable a estos casos, véase: Feinberg, Joel: "Voluntary Euthanasia and the Inalienable Right to Life", en *Philosophy & Public Affairs*, 7(1978), nº 2 (trad. al castellano en *Anuario de Derechos Humanos*, 7(1990), pp. 61-88); Hierro, Liborio: "Derechos humanos o necesidades humanas. Problemas de un concepto", *cit.*; y MacCormick, Neil: "Children's rights: a test-case for theories of right", en MacCormick, Neil: *Legal Rights and Social Democracy. Essays in Legal and Political Philosophy*, ed. Clarendon Press, Oxford, 1982, pp. 154-166.

incapacidad básica. Ahondando en este argumento, se podría añadir que los enfermos terminales se encuentran con frecuencia en una situación de incapacidad básica. Los abolicionistas replicarían, por su parte, que este riesgo puede ser atenuado por medio de procedimientos de control. A mi juicio, esta última es la posición más correcta.

Pensemos, sin embargo, en el derecho-obligación de comparecer en juicio con la asistencia de un abogado. Eventualmente este derecho puede imponerse contra la voluntad de su titular y en su propio beneficio. Generalmente, cuando el que desea renunciar a su derecho tiene una formación jurídica acreditada (él mismo es abogado o tiene los estudios de Derecho) se le permite hacerlo, de manera la interferencia paternalista se limitaría a aquellos que no desean ser representados y asesorados jurídicamente cuando no tienen los conocimientos jurídicos necesarios para defender sus propios intereses. Es fácil advertir que si el individuo desea ser castigado o que se oiga su propia voz, la obligación de contar con asistencia letrada no se lo impedirá. En realidad, este derecho lo único que obstaculiza es cumplir estos propósitos en ignorancia de las circunstancias legales. Aquí estaríamos, me parece, ante un paternalismo estatal ante el que individuos racionales consentirían.

En general, podría decirse que es claramente racional consentir al paternalismo estatal que se orienta a impedir que los individuos persigan sus intereses en ignorancia de circunstancias relevantes e, igualmente, aquellos procedimientos de control orientados a garantizar que el sujeto que toma sus decisiones no lo hace en un estado de incapacidad básica.

* * * * *

En la tradición del pensamiento político, hay doctrinas caracterizadas por la asunción de un paternalismo generalizado: por ejemplo, el gobierno de los filósofos de Platón, la monarquía patriarcal de John Filmer, el despotismo ilustrado (o absolutismo ilustrado), la dictadura del proletariado o el gobierno de los científicos de la conducta propuesto por B. F. Skinner; y doctrinas caracterizadas por una estricto anti-paternalismo: por ejemplo, el Estado mínimo de Robert Nozick. Todas ellas, de un lado y otro, me parecen irrazonables. La asunción de un limitado paternalismo constituiría un elemento importante en el test de aceptabilidad de las consecuencias de una doctrina política. Por ello creo que la reflexión sobre el paternalismo es interesante y confío en que las anteriores consideraciones puedan ser útiles a la misma.

N O T A S

LA CATEGORIZACIÓN, EN EL DERECHO Y EN EL MUNDO

Frederick Schauer[1]
Universidad de Harvard

RESUMEN. Para diseñar el campo de aplicación de sus reglas, el Derecho unas veces opera usando categorías propiamente jurídicas y otras veces imponiéndose sobre categorías preexistentes del mundo extrajurídico. El examen de las relaciones entre esas dos formas de categorización puede partir de cinco hipótesis: 1) sucesos no jurídicos muy notorios llevarán más al uso por el Derecho de categorías no jurídicas; 2) las reglas sobre categorías no jurídicas tendrán mayor grado de cumplimiento; 3) la creación judicial de Derecho produce más categorías jurídicas, y las instancias legislativas o administrativas usan más categorías extrajurídicas; 4) sucesos jurídicos muy notorios llevan a una mayor categorización jurídica en el mundo no jurídico; y 5) la categorización jurídica es menos conservadora (facilita más el cambio social) que la no jurídica. Por otra parte, la analogía se basa en normas para seleccionar las propiedades relevantemente semejantes, de modo que tanto la creación de reglas canónicamente formuladas como el uso del precedente trazando analogías son igualmente procesos de categorización, la cual es central para el Derecho.

ABSTRACT. To specify the scope of its rules, law at times operates through the use of uniquely legal categories of its own making, and at other times operates imposing its prescriptions upon categories that pre-exist in the extra-legal world. To assess the relationship between these two ways of categorizing, we may begin with five hypotheses: 1) High-salience non-legal events are likely to lead the law to employ non-legal categories; 2) Rules built around non-legal categories are more likely to have high compliance rates; 3) judicial law-making is more likely to produce legal categories, whilst legislatures and administrative bodies are more likely to employ non-legal categories; 4) high-salience legal events will lead to increased legal categorization in the non-legal world; and 5) legal categorization is likely to be less conservative (more able to change the social world) than the non-legal one. Moreover, analogy is based on norms in order to select relevantly similar properties, so that both the making of rules that have a canonical formulation and the use of precedent by analogy are equally categorization processes, categorization being central to the law.

---

[1] Frank Stanton Professor of the First Amendment, John F. Kennedy School of Government, Harvard University. Este trabajo ha sido preparado para una conferencia impartida en la Universidad de Alicante el 13 de junio de 2005. Una versión anterior fue presentada en la convención anual de la Law and Society Association el 2 de junio de 2005 en Las Vegas, Nevada. Agradezco los comentarios que en aquella ocasión me formularon Claire Hill y Barbara Spellman; la presente versión se ha mejorado gracias a su ayuda.

Las categorías son esenciales para el pensamiento humano y para la percepción humana. Nos vemos bombardeados por una masa de datos sensoriales, pero sólo podemos empezar a *ver* y a *pensar* cuando organizamos esos datos sensoriales en modelos, grupos y clases.

Pero aunque todos categorizamos, no todo individuo y no toda institución categoriza de la misma manera ni con los mismos propósitos. Más en concreto, el Derecho a menudo emplea categorías hechas por él mismo; y las conductas que constituyen un contrato, por ejemplo, y que de otro modo serían muy diversas, quedan agrupadas por el Derecho y para los propósitos del Derecho, a pesar de que esas actividades podrían ser, fuera del Derecho, mucho más diferentes que similares entre sí. Pero, aunque el Derecho a menudo utiliza categorías hechas por él mismo, también ejerce su fuerza jurídica sobre las categorías del mundo. Examinar la relación entre las categorías del Derecho y las categorías del mundo prejurídico o extrajurídico puede ser ilustrativo, por tanto, no sólo porque tal examen puede decirnos algo sobre el uso de categorías por parte del Derecho, sino también porque observar el uso de categorías por parte del Derecho puede decirnos muchas cosas acerca del Derecho mismo.

I

Puede ser útil comenzar con algunas observaciones preliminares sobre la categorización en general. Y una de las más importantes de esas observaciones es la de que las categorías tienden no a recopilar bajo un mismo epígrafe casos particulares que previamente son similares, sino que más bien agrupan particulares que previamente son diferentes entre sí, y los *hacen* similares en virtud de la categoría misma. La categoría de mascota, por ejemplo, es lo que hace similares a perros, gatos, loros y peces de colores que de otro modo serían bien distintos. Y una forma de entender los recientes referéndums sobre la Constitución Europea en Francia y Holanda es verlos como relativos a la cuestión de si los de otro modo diferentes franceses, holandeses, alemanes, británicos, rumanos y turcos, por ejemplo, serán agrupados (y de ese modo hechos más parecidos entre sí) bajo la rúbrica de "europeos" y, en su caso, hasta qué punto, y con qué consecuencias. Así, aunque es una exigencia en el Derecho y en la filosofía, e incluso en el discurso público, la de que "los casos iguales deben ser tratados de igual modo"[2], este eslogan, o es una tautología vacía, o es simplemente una crítica contra la arbitrariedad

[2] Véase H.L.A. Hart, *The Concept of Law* (Oxford, Clarendon Press, 2ª ed., 1994), pp. 159-60; Frederick Schauer, *Profiles, Probabilities, and Stereotypes* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press / Belknap Press, 2003), pp. 199-223; Norman C. Gillespie, "On

totalmente irracional. Para que el eslogan tradicional tenga algún sentido, tiene que reconocer que no hay particulares exactamente iguales en *todos* sus aspectos, y por tanto el eslogan ha de entenderse como una exigencia de que los casos que deben ser tratados del mismo modo son "casos iguales" en algunos aspectos *relevantes* –algunas propiedades que comparten son importantes por alguna razón– aun cuando sean *diferentes* en algunos otros aspectos. Y como resultado, todo el trabajo analítico se lleva a cabo mediante la especificación de la relevancia, porque es esta especificación de la relevancia para algún fin o algún propósito lo que nos permite agrupar en categorías esos particulares, por lo demás en algo distintos, que comparten un rasgo que justifica su inclusión en una categoría común.

La categorización de este específico tipo ocupa un lugar especial en el ámbito de la conducta gobernada por reglas, y por tanto en el ámbito del Derecho. Es un rasgo característico y definitorio de las reglas el tener dos partes. La primera, que algunos autores llaman *protasis*[3] y que yo en otro lugar he llamado el *predicado fáctico*[4], designa el *campo* (o ámbito, o alcance) *de cobertura* de la regla. Incluso antes de saber qué es lo que una regla *hace*, necesitamos saber a qué actos, sucesos, personas, lugares y cosas se lo hace. Sólo podemos entender una regla que limita la velocidad de circulación a 110 kms./h si entendemos a quién se aplica, dónde se aplica, y cuándo se aplica. Y cuando el art. 10 del Convenio Europeo de Derecho Humanos garantiza la libertad de expresión, la cuestión clave es determinar qué *es* la libertad de expresión, o simplemente la expresión, porque, a menos que conozcamos las actividades o conductas o personas o lugares o tiempos a los que la regla es aplicable, no podemos entender la regla en absoluto[5]. Y esta designación del campo o ámbito de una regla es, necesariamente, una categoría. Especificar el campo de una regla es especificar la categoría de su cobertura, y por tanto necesitamos siempre poder entender el proceso de categorización como un proceso que es un rasgo necesario del sometimiento de la conducta humana al gobierno de reglas.

Treating Like Cases Differently", 25 *Philosophical Quarterly* 151 (1975); Kenneth I. Winston, "On Treating Like Cases Alike", 62 *California Law* Review 1 (1974).

[3] Véase Gidon Gottlieb, *The Logic of Choice* (London, George Allen and Unwin, 1968).

[4] Frederick Schauer, *Playing By the Rules: A Philosophical Examination of Rule-Based Decision-Making in Law and in Life* (Oxford, Clarendon Press, 1991), pp. 17-37; trad. cast. de Claudina Orunesu y Jorge L. Rodríguez, *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana* (Madrid, Marcial Pons Ediciones, 2004).

[5] Para mi discusión sobre este tema filosófico y conceptual en el contexto del Derecho norteamericano de libertad de expresión, véase Frederick Schauer, "The Boundaries of the First Amendment: A Preliminary Examination of Constitutional Salience", 117 *Harvard Law Review* 1765 (2004).

Los filósofos dedicados a la metafísica tienden a categorizar las categorías, y así distinguen clases naturales, como el oro, de artefactos, como las bicicletas (y de instituciones, como el fútbol), siendo la diferencia fundamental la de si una categoría existe en el mundo prehumano, como existe el oro, o si es únicamente una creación de los seres humanos. Esta es una distinción útil, pero para nuestros propósitos la distinción importante quizás sea la que distingue entre las categorías que son, como se dice en la terminología contemporánea, *socialmente construidas*[6], y las que no lo son. Y, aunque es implausible imaginar que todas nuestras categorías son socialmente construidas –el oro sería distinto del plomo y el rojo distinto del amarillo incluso si no hubiera seres humanos ni categorización humana en absoluto–, del hecho de que algunas de nuestras categorías son naturales no se sigue que todas o la mayoría lo sean, igual que del hecho de que algunas categorías son socialmente construidas no se sigue que toda categoría sea socialmente construida.

Pero, incluso si dejamos de lado las clases naturales que se distinguen entre sí por demarcaciones prehumanas del mundo, sigue siendo el caso que la categorización humana puede venir en tipos diversos. Las categorías pueden construirse sobre la base de *atributos*, y así es a menudo el caso que rasgos previos del mundo proporcionan el fundamento para una categorización humana socialmente construida. Cuando distinguimos entre hombres y mujeres, o entre la gente según la raza o la etnia, por ejemplo, basamos nuestras categorías en los atributos que la gente realmente posee, aun cuando es una opción humana si o cuándo basar una categoría o distinción en alguno de tales atributos previos a la categorización. Así pues, aunque es una cuestión abierta la de cuándo debemos, o si debemos, utilizar determinados atributos, los atributos que elegimos utilizar son todavía a menudo atributos que existen en el mundo y no simplemente en el proceso de categorización.

En muchos otros casos, sin embargo, categorizamos sobre la base de algún *propósito* humano o institucional, y a menudo cuando lo hacemos no hay nada distinto del propósito que conecte los particulares que unimos en una categoría dirigida a un propósito. Así, si en lugar de una regla que prohíbe los *vehículos* en el parque –por seguir el famoso ejemplo de H.L.A. Hart[7]– encontráramos una regla que prohíbe cualquier comportamiento que probablemente cause peligro a los niños, la categoría de cosas que son peli-

---

[6] Véase Peter L. Berger y Thomas Luckman, *The Social Construction of Reality: A Treatise in the Sociology of Knowledge* (Cambridge, Cambridge University Press, 1966); John R. Searle, *The Construction of Social Reality* (New York, Free Press, 1995).

[7] H.L.A. Hart, "Positivism and the Separation of Law and Morals", 71 *Harvard Law Review* 593 (1958). Para una extensa discusión del ejemplo y de los desafíos al mismo, véase Frederick Schauer, "Formalism", 87 *Yale Law Journal* 509 (1988).

grosas para los niños puede incluir cigarrillos, vehículos a motor, cuchillos, bebidas alcohólicas, y pedófilos convictos, elementos del mundo que nada tienen en común más que su capacidad de causar peligro a los niños. Y porque el propósito de prevenir el peligro para los niños es lo único que conecta estos elementos que en lo demás son diferentes, es útil distinguir la categoría de esos elementos respecto de una categoría de elementos cuyas conexiones descansen en algún atributo que preexista al proceso de categorización.

II

Para reflexionar sobre este tema en el contexto del Derecho[8], puede resultar útil recordar una anécdota ficticia tomada de Oliver Wendell Holmes, la anécdota sobre el caso de la mantequera rota.

> "Hay una historia de un juez de paz de Vermont ante quien se presentó una demanda de un granjero contra otro por haberle roto una batidora para hacer mantequilla. El juez se tomó su tiempo, y finalmente anunció que había consultado la legislación y que no había encontrado nada sobre mantequeras, y falló a favor del demandado"[9].

El sentido esta historia descansa en parte en el hecho de que el estado de Vermont era considerado por Holmes como una parte rural y algo atrasada y paleta de Estados Unidos, y descansa aún más en el hecho de que en Estados Unidos un juez de paz es normalmente alguien sin formación jurídica que resuelve pleitos menores con escasa o nula referencia al Derecho formal. Así que para Holmes el sentido de la anécdota, y lo que la hacía para él a la vez graciosa e instructiva, era el hecho de que sólo una persona rústica, poco sofisticada y carente de formación jurídica podía imaginar que *mantequera* pudiera ser una categoría jurídica relevante. Está implícito en la historia el hecho de que hay efectivamente varias categorías *jurídicas* que pueden abarcar el supuesto de bienes que se rompen mientras han sido confiados a otro, y las acciones para reclamar disponibles en *common law* pudieran ser algo como la de *replevin* [interdicto posesorio, N. del T.] o los *bailments*[10][depósitos y otras cesiones posesorias, N. del T.]. Lo que Holmes intentaba enfatizar, por tanto, era el modo en que el Derecho categoriza sobre la base de *categorías jurídicas* dirigidas a un propósito (como las de *replevin* o *bailments*) y no sobre la base de categorías prejurídicas del

---

[8] En esta sección resumo argumentos que sostuve por primera vez en Frederick Schauer, "Prediction and Particularity", 78 *Boston University Law Review* 773 (1998).

[9] Oliver Wendell Holmes, "The Path of the Law", 10 *Harvard Law Review* 457, 474-75 (1897).

[10] Cuál de ellas sería pertinente, o quizá incluso alguna otra, dependerá de cómo la mantequera de un granjero resulta que se encuentra en las manos del otro granjero, algo sobre lo que Holmes nada nos dice.

mundo (como la de mantequera). Que este era el mensaje de Holmes queda más claro aún cuando él mismo explica con más detalle la historia de la mantequera:

> "La misma mentalidad [que la mostrada por el juez de paz de Vermont] aparece en todas nuestras enciclopedias y manuales de Derecho al uso. Las aplicaciones de reglas rudimentarias de contratos o de daños extracontractuales [*torts*] se esconden bajo la rúbrica de 'Ferrocarriles' o 'Telégrafos', o engrosan sofisticados tratados sobre subdivisiones históricas como el 'Derecho de Buques' [*Shipping*] o el de 'Equidad' [*Equity*], o se agrupan bajo un título arbitrario que se presume atractivo para las mentes prácticas, como el de 'Derecho Mercantil'. Si alguien se mete en el mundo del Derecho, le conviene dominarlo, y dominarlo significa mirar recto atravesando toda esa parafernalia teatral y discernir las verdaderas bases para hacer predicciones"[11].

Al explicarlo así, Holmes observa caritativamente que quien no comprende realmente lo que es el Derecho no es sólo el juez de paz de Vermont, sino también los autores de las "enciclopedias y manuales al uso". Pero, al igual que el error cometido por el juez de paz de Vermont, el error de los autores de las enciclopedias y manuales corrientes es el error de no llegar a reconocer que las que son importantes son las categorías jurídicas reales como "contrato" o "daño extracontractual" [*tort*], como opuestas a las categorías prejurídicas y por tanto jurídicamente "arbitrarias" como "buques", "ferrocarriles", "telégrafos", o "comercio" (asuntos mercantiles). La lección es por tanto clara. El Derecho se caracteriza por el uso de sus *propias* categorías –categorías como *replevin*, o *bailments*, o contrato, o *torts*, o, para esa materia, como ilícito civil, o abuso de derecho, o cualquiera de las demás categorías diversas que con frecuencia aparecen en los sistemas jurídicos de Derecho civil. Y cuando el Derecho abandona estas categorías y articula sus reglas en torno a las categorías prejurídicas o extrajurídicas del mundo, se ha alejado de algo esencial para la idea misma de juridicidad: reglas jurídicas basadas en categorías dirigidas a un propósito y diseñadas para las necesidades y fines del sistema jurídico[12].

---

[11] Holmes, "The Path of the Law", *op. cit.*, p. 475.

[12] Cuando el Derecho usa sus propias categorías, puede tener fines *internos* o *externos*. Fines internos son aquellos que están diseñados para el funcionamiento interno del sistema jurídico, y por tanto incluirían categorías construidas para servir al interés interno que el Derecho tiene por cosas tales como la toma de decisiones tras un contradictorio, canalizar disputas entre dos partes, preferir tomas de decisiones en que el ganador lo gane todo, y muchas cosas más. Estos fines internos han de distinguirse de los fines externos de un sistema jurídico: los cambios (o la prevención contra cambios) en el mundo no jurídico que el sistema jurídico busca conseguir mediante sus reglas.

III

Como cuestión descriptiva, Holmes estaba equivocado. En alguna medida cuando Holmes escribía, y mucho más hoy en día, las reglas jurídicas a menudo están construidas sobre categorías del mundo prejurídico más que sobre categorías que son intrínsecas al Derecho. El Derecho bursátil o de valores [*Securities Law*], por ejemplo –el Derecho de acciones y obligaciones, bonos, etc.– es casi en su totalidad relativo a los valores o activos financieros, y las categorías jurídicas relevantes para los contratos sobre valores, o sobre operaciones fraudulentas con valores, por ejemplo, son categorías específicas sobre valores y no categorías jurídicas generales de contratos y de fraudes. En tiempos el Derecho de propiedad ha tenido categorías especiales y diferentes que son específicas para pequeñas porciones de agua, y así, cuando Louis Brandeis, mucho antes de ser Magistrado del Tribunal Supremo federal de Estados Unidos, escribió un libro sobre el Derecho de *estanques*, él estaba escribiendo sobre un tema de Derecho cuyas categorías rastreaban algo en el mundo –los estanques– más que algo creado por el Derecho[13]. Y así fue también cuando el gran teórico inglés del Derecho Penal Glanville Williams escribió acerca del Derecho de los *animales*, porque también aquí la regla jurídica no creó una categoría nueva, sino que impuso las prescripciones del Derecho sobre la categoría prejurídica de los animales[14].

Esto no supone decir que el Derecho siempre opera sobre las categorías del mundo prejurídico. Holmes pudo haber estado equivocado al suponer que el Derecho necesariamente, o frecuentemente, o típicamente, o deseablemente, opera con categorías hechas por sí mismo, pero poca duda cabe que tales categorías sí que existen, y que hay muchas. Los conceptos jurídicos típicos de contrato, de daño extracontractual [*tort*], de ilícito civil, etc. son categorías del Derecho y no del mundo, y para muchos propósitos el ámbito de alguna regla jurídica se designa mediante categorías jurídicas como estas. Las categorías jurídicas son importantes, y el Derecho con cierta frecuencia agrupa en una misma categoría jurídica particulares que de otro modo no estarían relacionados, y lo hace para los propósitos especiales del propio Derecho.

---

[13] Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis, "The Law of Ponds", 3 *Harvard Law Review* 1 (1889).

[14] Glanville L. Williams, *Liability for Animals: An Account of the Development and Present Law of Tortious Liability for Animals, Distress Damage Feasant and the Duty of Fence in Great Britain, Northern Ireland and the Common Law Dominions* (London, Sweet & Maxwell, 1939).

IV

Así pues, resulta que el Derecho unas veces opera mediante el uso de categorías propiamente jurídicas que no existen en el mundo no jurídico, y otras veces opera sobre categorías que no son únicamente jurídicas sino que existen en el mundo prejurídico o extrajurídico. Una tarea importante, por consiguiente, será intentar generalizar de modo sistemático acerca de cuándo el Derecho podría usar categorías jurídicas y cuándo podría evitarlas, y entonces evaluar las implicaciones de proceder de una forma más que de la otra. Y aunque aquí yo no puedo llegar a conclusiones definitivas –en parte porque son el producto de investigaciones empíricas tanto como de análisis filosófico–, puede ser útil esbozar algunas hipótesis preliminares que podrían ser el objeto de futuras investigaciones.

1. Sucesos no jurídicos muy notorios probablemente conducirán al Derecho a emplear categorías no jurídicas

Holmes tenía razón al menos en la medida en que él creía que el uso de categorías no jurídicas era en gran parte el producto de la formación jurídica a la que se refería como "dominio". Y así, cuando las reglas jurídicas y las doctrinas jurídicas y las decisiones jurídicas son menos visibles externamente, y en gran parte generadas dentro del sistema jurídico, el Derecho puede a menudo usar sus propias categorías para servir sustancialmente a propósitos jurídicos internos. Pero es a menudo el caso que sucesos del mundo altamente visibles y altamente notorios presionarán al sistema jurídico para que reaccione ante esos sucesos y cree reglas jurídicas con que tratarlos[15]. Cuando Holmes en otro momento señaló que "los grandes casos... hacen mal Derecho"[16], estaba sugiriendo algo de este tipo, pero no hay razón para que nosotros (a diferencia de Holmes, dadas sus opiniones

[15] Hay un problema adicional cuando el Derecho opera de esta manera. Dado que esperamos que el Derecho sea general –y este era un punto reiteradamente enfatizado por Lon Fuller en *The Morality of Law* (New Haven, Connecticut, Yale University Press, edición revisada, 1969), y del que yo me ocupo en Frederick Schauer, "The Generality of Law", 107 *West Virginia Law Review* 217 (2004)–, un tribunal (especialmente un tribunal de *common law*) que decide un caso altamente notorio sentirá la obligación de hacer una regla que cubra ese caso y otros como él. Pero al hacer eso, es probable que el tribunal asuma que el caso notorio es más representativo de alguna clase de casos (que han de ser cubiertos por la nueva regla) de lo que en realidad lo es. Este fenómeno de tomar un suceso notorio como más representativo de lo que realmente es –etiquetado como *heurística de la disponibilidad* en Amos Tversky y Daniel Kahneman, "Judging Under Uncertainty: Heuristic and Biases", 185 *Science* 1124 (1974)– probablemente produzca una situación en la que sucesos notorios probablemente produzcan no sólo categorías no jurídicas, sino también categorías no jurídicas distorsionadas.

[16] *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U.S. 197, 400 (1904) (voto particular discrepante del Magistrado Holmes).

sobre el uso de categorías no jurídicas por parte del Derecho) creamos que el Derecho es necesariamente peor por hacer eso. Pero, sea mejor o peor, el fenómeno está muy extendido. Antes me referí al Derecho norteamericano de valores, que se creó específicamente tras la estela de determinados escándalos financieros y que también fue significativamente un producto de numerosos problemas financieros y bursátiles concretos surgidos durante la Gran Depresión de los años treinta. En tiempos modernos, el terrorismo es quizás el mejor ejemplo, porque el terrorismo, cualquiera que sea la manera en que lo definamos y en que escojamos reaccionar frente a él, es ciertamente una categoría que no es tradicionalmente conocida para el Derecho. Así que cuando el Derecho usa "terrorismo" como el predicado fáctico –una categoría– de una regla jurídica, está basando una regla jurídica en una categoría no jurídica e intentando producir resultados jurídicos que giren en torno a la inclusión en (o a la exclusión de) esta categoría no jurídica del mundo extrajurídico.

Así pues, podemos formular la hipótesis de manera más cuidadosa. Aunque las reglas jurídicas se aplican algunas veces a categorías del Derecho –"si hay un ilícito civil, entonces..."– y algunas veces a categorías del mundo extrajurídico –"si el reo es acusado de una acto de terrorismo, entonces..."–, el último tipo de categoría surgirá con mayor probabilidad, *céteris páribus*, cuando los sucesos políticamente, socialmente y culturalmente visibles del resto del mundo no jurídico proporcionen la motivación para crear una regla. En tales casos, agentes no jurídicos (incluyendo el público en general) son especialmente propensos a ejercer presión en la creación de una regla jurídica, y las percepciones no jurídicas de los agentes no jurídicos conformarán el ámbito categorial de la regla en modos que reflejarán percepciones no jurídicas de la forma del problema al que se va a dirigir la regla.

2. Las reglas jurídicas construidas sobre categorías no jurídicas son más propensas a ser autoaplicables, y más propensas a tener altos índices de cumplimiento, que las reglas jurídicas construidas sobre categorías jurídicas

Un tema importante para el Derecho es obviamente la cuestión de su cumplimiento, y el índice de cumplimiento de las reglas jurídicas es a menudo una función del grado de correspondencia entre lo que las reglas jurídicas exigen y los patrones de conducta y comprensión previos de quienes van a ser controlados por las reglas jurídicas. Esto lo vio bien el realista jurídico norteamericano Karl Llewellyn, quien además de hacer importantes contribuciones teóricas fue el principal creador y redactor de las disposicio-

nes mercantiles y sobre compraventa del Código Uniforme de Comercio[17], la ley (en realidad, las leyes en cada uno de los Estados, pero diseñadas según el mismo modelo) que regula las compraventas y otras transacciones comerciales en Estados Unidos. La contribución importante de Llewellyn consistió en reconocer que el Derecho mercantil funcionaría más fácilmente, sería más autoaplicable, y tendría un índice de cumplimiento global más elevado, si estuviera diseñado alrededor de las prácticas existentes en el mundo del comercio. Así que Llewellyn dedicó mucho tiempo a estudiar las prácticas reales de los comerciantes y los patrones reales de sus negocios. Una vez hecho esto, él utilizó después los conceptos y categorías del mundo del comercio para redactar las disposiciones relevantes del Código Uniforme de Comercio, y el estrecho encaje entre los fines de las reglas jurídicas y las predisposiciones de aquellos cuyas actividades iban a ser reguladas produjo un esquema de regulación mercantil que operaba con fluidez, y que sesenta años después sigue todavía en vigor con llamativamente escasas modificaciones.

Obviamente, hay un precio que pagar por un enfoque así de la regulación, y ese precio se mide según el grado en que las reglas jurídicas puedan realmente *cambiar* el comportamiento existente en el mundo social. Cuando el Derecho diseña sus categorías adaptándolas a las categorías y comportamientos del mundo exterior, a menudo consigue un alto índice de cumplimiento precisamente porque no hace mucho más que rastrear patrones de conducta preexistentes. Hay un alto índice de cumplimiento de las leyes que prohíben el canibalismo precisamente porque la mayoría de la gente se abstendría de comerse a sus congéneres seres humanos aunque no hubiera leyes que prohíben tal práctica. Pero cuando el Derecho busca lograr objetivos no arraigados en patrones de conducta previos –las leyes tributarias son un buen ejemplo–, es probable que su índice de cumplimiento sea menor, pero ese menor índice de cumplimiento no es inconsistente con un grado considerable de cambio real en las conductas. Así que, al decidir si usa las categorías del mundo o las suyas propias, el Derecho está realmente escogiendo entre los fines a menudo en conflicto del elevado grado de cumplimiento y el elevado grado de cambio.

[17] Véase William Twining, *Karl Llewellyn and the Realist Movement* (London, Weidenfeld & Nicolson, 1973).

3. Es más probable que las categorías jurídicas surjan, céteris páribus*, de la creación judicial de Derecho y de la toma de decisiones judiciales; y es más probable que las categorías no jurídicas sean empleadas,* céteris páribus*, cuando las reglas son creadas por los legislativos u otras instancias de decisión de no juristas*

Esta hipótesis es casi autoevidente, y de nuevo se remonta a las afirmaciones de Holmes sobre el "dominio" del Derecho. Difícilmente puede discutirse que quienes tienen formación jurídica serán más conscientes de las categorías jurídicas que quienes carecen de esa formación, y que los formados en Derecho también comprenderán conexiones jurídicas entre particulares que quienes carecen de formación jurídica verán simplemente como inconexas.

Lo que hace a esto interesante y potencialmente importante es que hace referencia a las identidades de los creadores de Derecho. Los jueces han sido formados como juristas y están inmersos en el Derecho y lo entienden. Y aunque quienes tienen formación jurídica están a menudo bien representados en los órganos legislativos y administrativos, esa representación no es nada parecido a lo que hay en la judicatura, y desde luego ni los parlamentos ni los órganos administrativos están diseñados para servir fines jurídicos internos. De modo que si es el caso que hay más creación judicial de Derecho y de reglas en los países de *common law* que en los países de Derecho civil, cabe esperar que el uso de categorías jurídicas será, *céteris páribus*, mayor en las jurisdicciones de *common law* que en las de Derecho civil, y que incluso dentro de esas jurisdicciones el uso de categorías jurídicas –el *tecnicismo* del Derecho, podría decirse– será mayor en el seno de las instituciones de creación de Derecho y de reglas que estén dominadas por juristas (y jueces).

4. Sucesos jurídicos muy notorios llevarán, céteris páribus*, a una mayor categorización jurídica en el mundo no jurídico*

En algunos países el sistema jurídico posee una particular notoriedad pública, política y social, a menudo debido a la importancia de los asuntos tratados en los tribunales. De modo que no ha de sorprender demasiado que los tribunales en Hungría, Sudáfrica, Canadá, India, o Estados Unidos, por ejemplo, tengan una importancia difundida por la sociedad en general y en el diseño de políticas públicas que es mucho mayor que la de los tribunales de, por ejemplo, Noruega, Etiopía, Rumanía o Nueva Zelanda. Y así, en la medida en que lo que los tribunales hacen y cómo lo hacen "se filtra" hacia el mundo social en general, cabe esperar que algunas de las categorías de ese mundo más amplio sean categorías procedentes del sistema jurídico.

Un ejemplo especialmente bueno de este fenómeno se encuentra en el campo de los derechos, donde la categoría de titular de derechos en general,

o la categoría de titular de algún determinado derecho, se convierte en socialmente notoria aun cuando los titulares no comparten más atributos que el de la titularidad de un mismo derecho[18]. Así, desde el (extremado, incluso para abiertos estándares liberal-democráticos) Derecho norteamericano de libertad de expresión, por ejemplo, protestantes contra la guerra, neonazis, racistas miembros del Ku-Klux-Klan, y pornógrafos infantiles, son todos ellos miembros de la misma categoría de demandantes (normalmente con éxito) de libertad de expresión, y en algunos contextos pueden incluso ser vistos como compartiendo una identidad; lo cual es aún más plausible cuando pensamos en los variados demandantes de derechos de igualdad –mujeres, minorías raciales, ancianos, discapacitados y homosexuales, por ejemplo– y en la forma en que sus demandas compartidas de igualdad crean una categoría y una identidad que de otro modo no habría existido.

5. *Es más probable que la categorización jurídica sea,* céteris páribus*, menos conservadora (en el sentido no político de la palabra) que la categorización no jurídica*

Como se ha señalado en el anterior apartado 2, el sistema jurídico se encuentra a menudo en la situación de elegir entre categorías jurídicas y no jurídicas. Pero cuando escoge una categoría no jurídica, elige una categoría fuera de su control, y una categoría que probablemente se moverá sólo en forma muy lenta a lo largo del tiempo. Pero aunque indudablemente el Derecho tiene sus propias tendencias conservadoras a la luz de sus fines y a la luz de la gente que trabaja en el sistema jurídico, en otros aspectos el sistema jurídico puede ser menos conservador, porque cuando fabrica sus propias categorías queda liberado de las tendencias estabilizadoras de un mundo mucho mayor y de un proceso de cambio categorial mucho más engorroso.

Esta es una hipótesis muy general, y especialmente aquí el *céteris páribus* está claramente haciendo buena parte del trabajo. Con todo, cuando el Derecho controla sus propios procesos de categorización posee una flexibilidad que no existe cuando la categorización jurídica depende de procesos de categorización del mundo social. Como un barco más pequeño, el Derecho puede maniobrar más rápidamente que el barco más grande de la sociedad en general, y este a menudo inadvertido fenómeno puede explicar mucho de cómo los tribunales pueden ser los agentes de un rápido cambio social.

[18] Véase Frederick Schauer, "The Generality of Rights", 6 *Legal Theory* 323 (2000).

V

Hasta este punto he estado discutiendo, principalmente, acerca de las reglas que tienen una formulación lingüística canónica. Pero si de esas reglas pasamos al Derecho de creación judicial, al *common law*, y al razonamiento por analogía, la categorización puede adquirir incluso más importancia. Una manera de ver el proceso de trazar analogías en el Derecho es la que podríamos llamar la visión *ingenua*, porque postula que hay alguna facultad en los seres humanos (y especialmente en los seres humanos con formación jurídica) que los capacita para ver semejanzas y diferencias sin la mediación de reglas[19]. Pero la visión con mucho más común (y mucho más correcta)[20] del razonamiento analógico lo ve como no tan distinto del razonamiento basado en reglas, porque sólo una regla de algún tipo puede decirnos qué propiedades de un caso o suceso son relevantemente semejantes a propiedades de otro caso o suceso, haciendo así posible trazar una analogía entre los dos. En el razonamiento analógico la regla no está canónicamente formulada, y no está expresada de antemano, pero aún así es el caso que *A* sólo puede considerarse análogo a *B* si alguna regla o principio –esté o no expresado– especifica para algún propósito cuáles de las propiedades de *A* son jurídicamente relevantes, y esa especificación nos hace posible determinar si esas propiedades están presentes en *B*, en cuyo caso (pero sólo en ese caso) tenemos una justificación para decir que *B es análogo a A*.

Quede claro, por tanto, que el proceso mismo de la analogía es un proceso de categorización. Cuando trazamos una analogía, y exactamente en la misma medida cuando decimos que un caso es un precedente para otro caso, estamos concluyendo que dos (o más) elementos son relevantemente semejantes. Y, como ya hemos visto, podemos hacer esto sobre la base de atributos o sobre la base de propósitos. Pero, tanto si usamos atributos preexistentes como si simplemente usamos propósitos para identificar rasgos comunes, siempre estamos buscando propiedades comunes, y siempre usamos alguna norma, regla, principio o directriz como trasfondo para identificar esas propiedades. Analogizar es pues categorizar, y todas las consideraciones que puedan plantearse como relevantes para la cuestión

---

[19] Un ejemplo reciente es Lloyd L. Weinreb, *Legal Reason: The Use of Analogy in Legal Argument* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005).

[20] Véase Richard A. Posner, *The Problems of Jurisprudence* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1990), pp. 86-100; Richard A. Posner, *Overcoming Law* (Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1995), pp. 518-22; Larry Alexander, "Bad Beginnings", 145 *University of Pennsylvania Law Review* 57 (1997); Scott Brewer, "Exemplary Reasoning: Semantics, Pragmatics, and the Rational Force of Legal Argument by Analogy", 109 *Harvard Law Review* 925 (1996); Frederick Schauer, "Precedent", 39 *Stanford Law Review* 571 (1987).

de la categorización pueden plantearse como relevantes para el proceso de trazar analogías.

Dado que el Derecho opera de un modo general, es central para el Derecho poder determinar que *A* es similar a *B* pero distinto de *C*. Y una vez que vemos que este proceso es el mismo tanto si estamos creando una categoría canónica como si estamos trazando una analogía o determinando qué sentencias del pasado son precedentes para según qué decisiones actuales, podemos ver que la categorización puede que esté situada más en el centro de la empresa jurídica de lo que ha sido normalmente reconocido.

(Trad. de Juan A. Pérez Lledó)

EL DIGESTO JURÍDICO ARGENTINO: UNA OBRA JURÍDICA MONUMENTAL

Antonio A. Martino
Universidad del Salvador
Universidad de Pisa

RESUMEN. El texto presenta y describe al Digesto jurídico argentino, una obra que afronta la recopilación de todo el Derecho en vigor argentino, dividido en 26 materias. La empresa se dividió en dos partes: la primera, la redacción de un Manual de Técnica Legislativa que debe regir la producción normativa; la segunda, la revisión de todos los textos normativos desde la Constitución de 1853, con el objetivo de a) eliminar las abrogaciones expresas; b) eliminar las normas contradictorias con normas en vigor posteriores (esto es, las disposiciones abrogadas tácitamente) y c) eliminar las normas cuyo objeto estaba cumplido o caducado.

ABSTRACT. The text presents and describes the Argentinian Legal Digest, a work which deals with the compilation of all Argentinian Law presently in force, and which is divided into 26 subject matters. The work was divided into two parts: the first of which was the drawing up of a Legislative Drafting Handbook, whose aim is to regulate the making of norms; the second, the revision of all normative texts since the Constitution of 1853, which is aimed at a) eliminating explicit abrogations; b) eliminating contradictory norms with subsequently created norms (that is to say, tacitly abrogated provisions) and c) eliminating norms whose aim was already achieved or out of date.

El 28 de agosto de 1998 publiqué en La Ley un articulo con el título *El Digesto Argentino. Una oportunidad para no perder*; casi siete años después modificaría el titulo indicando que es una oportunidad para aprovechar. Semánticamente parecerá sutil la diferencia, pero no lo es en los hechos. En 1988 recién aparecía la ley 24967 de creación del Digesto Jurídico Argentino y la preocupación era no perder la oportunidad de realizar una obra ciclópea que asustaba al enunciarla.

Siete años después, afortunadamente estamos en otras condiciones: se han realizado todas las tareas previas indispensables para llegar al enunciado de un Digesto de normas en vigor, se ha separado la paja del trigo y ahora todo lo que se debe hacer por parte del Poder Legislativo es adoptar el Manual que fue escrito para el Digesto y dictar una norma por la cual toda la avalancha de normas que se dictaron en más de 150 años de vida política en la Argentina puede ser reducida a un universo dominable y determinable.

La obra es tan monumental que ningún país hasta el momento la ha encarado, si bien comienzan a aparecer inquietudes parecidas, tentativas y justos empeños de emulación. Pero la obra, así como está, es única. Algunos autores invocan el caso canadiense, que es totalmente diferente: Canadá, por tener dos idiomas y dos sistemas jurídicos concomitantes ha pensado desde hace treinta años en renovar todos sus códigos en ediciones revisadas y bilingües. Es una obra encomiable que afronta un tema puntual. Nada tiene que ver con la obra del Digesto Jurídico Argentino, que afronta todo el derecho nacional dividido por la ley 24967 en 26 categorías (materias), esto es, todo el derecho nacional y por completo. En segundo lugar porque afronta el tema sustancial del derecho en vigor, esto es, de resolver los problemas de contaminación legislativa, esto es, del crecimiento desmedido de las normas sin un criterio válido que elimine del sistema las que ya no están en vigor por objeto cumplido, las obsoletas y las tan temidas derogaciones implícitas[1].

¡Ya! El sistema jurídico es una acumulación de textos normativos en los cuales es relativamente fácil establecer los criterios de creación, pues todos los sistemas los protegen con procedimientos especiales al fin de hacerlos reconocibles. El problema consiste en que el derecho vigente es un subsis-

[1] A. A. Martino "La contaminacion legislativa" Buenos Aires, 1973. A.A. Martino & J. Vanossi, *Remedios a la contaminación legislativa*, propuesta al congreso italo argentino de filosofia del derecho, 1975. A. A. Martino "La contaminación legislativa", Anuario de sociología y Psicología jurídicas Barcelona, 1977, pag. 47-63. A. A. Martino "La progettazione legislativa nell'ordinamento inquinato", *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, anno X, 1977, n. 38; p. 1– 21, Roma 1977. *Why an automated analysis of legislation? Computing power and legal reasonning*. Edited by Charles Walter St. Paul, West Publishing Company, 1985; p. 413/466 ISBN 0-314-95570-4.

tema del derecho que fue creado, menos todo aquel que fue abrogado. Las abrogaciones explícitas se conocen; las implícitas, no. Y si no conozco el conjunto de textos normativos que constituye el subconjunto de normas derogadas, no puedo saber cuál es el derecho en vigor. Y esto más allá de la cualidad científica del intérprete o su posición en el ordenamiento. Ciertamente, para evitar la parálisis se atribuye a algún tribunal supremo (en cualquier sentido e instancia) declarar la ley en vigor, pero es como nombrar un árbitro en un juego en el cual más de la mitad de las reglas no se sabe si rigen o no.

El tema es que el sistema de leyes es el *output* más importante del sistema político y si ese sistema esta contaminado o es de difícil determinación las consecuencias en costos institucionales y de vida cotidiana son enormes.

1. La obra

Digesto viene del latín *digestium*, *digerere*, ordenar, distribuir. Ordenar en materia legislativa es el sueño de todos, empezando por Augusto, que hizo la primera recopilación seria de la legislación romana, y Justiniano, que llevó el justo mérito de ser el inspirador del Digesto por excelencia.[2]

Para realizar el Digesto Jurídico Argentino, así como lo quería la ley 24969, el Ministerio de Justicia llamo a licitación publica en la cual se presentaron diferentes grupos.

Un consorcio entre la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y las principales empresas de publicación de textos jurídicos (*La Ley*, *Jurisprudencia Argentina* y *El Derecho*) ganaron la licitación para hacer el Digesto. Allí partió la aventura.

En agosto de 1999 comenzó la empresa dividida en dos partes: una relativa a la redacción de un Manual de Técnica Legislativa y otra, mucho más grande, encargada de revisar todos los textos normativos emanados a partir de la Constitución de 1853.

La primera parte, coordinada por quien escribe, contó con un grupo de juristas lingüistas italianos, juristas documentalistas argentinos y juristas informaticos italianos y miembros del Instituto per la Documentazione Giuridica del Consejo Nacional de Investigaciones italiano, que dirigí entre 1983 y 1992.[3]

La revisión de todas las leyes y decretos reglamentarios ha sido una obra más fatigosa y realmente monumental, hecha por personal especializado de

---

[2] "Cesare fui e son Iustiniano, che, per voler del primo amor ch'i'l sento d'entro le leggi trassi il troppo e il vano" ***Dante Alighieri*** Divina Commedia Par. VI, 10-12.

[3] Para ser precisos: La direccion Antonio A. Martino y el equipo de trabajo: Carlo Biagioli, Pietro Mercatali, Manuela Sassi, Roberto Bocchini, Silvia Pfarherr y Maria Cristina Pagano.

juristas, lingüistas, informáticos, documentalistas, que ha rondado la centena dirigidos todos por el Prof. Atilio Alterini (director general) y compuesta por los doctores Ramón Brenna (director técnico), Daniel Altmark (coordinador ejecutivo) y Horacio Álvarez (Director Académico). Para que pudiera funcionar este enorme engranaje fue creada *ad hoc* una parte nueva del edificio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, gracias a la audacia y al tesón de su entonces decano, Dr. Andrés D'Alessio.

En estos siete años, es importante recordar que se sucedieron un número exagerado de presidentes y de ministros de Justicia, sin embargo, embestida por la onda de la intranquilidad y el desequilibrio es conveniente reconocer que todas las gestiones políticas han reconocido la importancia trascendental de la obra y mantuvieron inalterado su apoyo dándose cuenta de que algunas empresas necesitan la larga mirada del estadista que supera las diarias peripecias del político.

El Manual finalizó en el 2001, se entregó y está a disposición en las publicaciones sobre papel que hizo el Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (en 9000 ejemplares)[4]. Consta de 25 definiciones, 71 reglas y ejemplos de la legislación argentina sea para mostrar el modo correcto de legislar sea para mostrar el modo incorrecto. Tiene una *check list*, y los fundamentos teóricos de su redacción. El Manual ha sido ya utilizado por los juristas que han revisado las leyes y comienza a ser un estándar de legislación.

El resto del importante trabajo de selección, comparación, eliminación de todos los textos obsoletos redundantes y su reordenación por grupos de expertos está siendo entregado en estos días por la Facultad de Derecho al Ministerio de Justicia.

En todo se está siguiendo los principios y el procedimiento fijados por la ley 24967 concebida para "contar con un régimen de consolidación de las leyes nacionales vigentes y su reglamentación"[5].

2. El Manual

Para la redacción del Manual del Digesto Argentino se tuvo en cuenta la muy nutrida bibliografía que existe ya y que se apoya sustancialmente en dos obras muy conocidas en sus respectivos ámbitos de influencia: para el mundo del *Statutory Law* la obra de G. C. Thomtom, **Legislative Drafting,**

[4] Se lo puede encontrar en Internet en www.jus.gov.ar/minjus/ssjyal/PDJA/UBA/Manual/manual1.htm.

[5] Este es el titulo de la ley del Digesto Jurídico Argentino.

Butterworth's[6] y para el mundo europeo continental el libro de D. Remy, **L'art de faire les lois**[7].

Existe ya un número bastante importante de Manuales de este tipo. Los angloamericanos han dado especial atención a la parte lingüística, en los países de sistema continental europeo hay una verdadera caza a la mejor técnica legislativa que –empero– comporta un elemento seriamente dañoso para un Manual: su excesiva longitud. Baste al respecto el ejemplo de los manuales (pues hay más de uno y esto es equívoco, como tener varios estándar) de la Cámara de Diputados italiana.

El Manual del Digesto se atuvo a una estricta construcción muy escueta con 25 definiciones y 71 reglas. La elección del laconismo en materia de reglamentación es una vieja convicción de quien escribe[8].

Es usual describir la parte interna (o cuerpo) de la Ley, ya sea desde un punto de vista formal (o de superficie), desde un punto de vista de contenido (o profundo). La estructura del cuerpo del acto, según el primer punto de vista, se manifiesta en el así llamado articulado, la subdivisión del texto en particiones jerárquicas. Según el segundo punto de vista, que podremos llamar "funcional" por cuanto se basa en las modalidades o funciones reglamentarias, el texto se describe como un grupo de disposiciones (que podemos interpretar como actos lingüísticos variadamente reglamentados), de los cuales el manual ofrece un elenco ejemplificativo (ver punto 17). De la correcta organización del texto se encarga la correcta secuencia de los diversos tipos de disposición y la relativa y recomendada posición en las zonas justas del cuerpo de los textos.

Las 25 definiciones del Manual constituyen su primera parte y se realiza un verdadero *thesaurus*, pues cada una de ellas está referida a las otras para poner orden en un campo donde imperan muchas interpretaciones. En las 71 reglas las definiciones son respetadas a rajatabla.

El Manual consta de cinco partes; una primera sobre la estructura lógico-sistemática de las disposiciones normativas, una parte segunda sobre el lenguaje normativo, una tercera sobre la escritura de textos normativos, una cuarta parte relativa a las referencias (internas e externas) y una última dedicada a las modificaciones.

Se siguieron al pie de letra las indicaciones de la ley 24967, y en la parte pertinente el decreto 333/85 en todo aquello que pudiese ser compatible con un sistema prolijo y coherente. Las reglas se dictan siempre en un ambiente que tiene un contexto interpretativo y no otro.

---

[6] London 1996, 4ª Edición.

[7] Romillat, Paris, 1994.

[8] A.A. Martino, Lo bueno si breve…

Está acompañado de ejemplos de la legislación argentina, sea para mostrar cómo se debe hacer, sea para mostrar cómo no se debe hacer. Hay fórmulas para mostrar que en algunos casos el modo mejor de evitar equívocos es seguir fórmulas preestablecidas, llenando sólo los espacios. Está también acompañado por una *check list*, esto es, un escueto listado de enunciados que sirven para corroborar que se está en la buena senda. Algo parecido a lo que hacen los pilotos de aviones antes de partir para asegurarse que la aeronave está substancialmente en condiciones.

Todas las consideraciones teóricas están obviamente fuera del Manual pero lo acompañan para afrontar algún problema teórico. En la versión electrónica, que se puede consultar en www.sp.unipi.it/dsp/didattica/Digesto/manual.html, es posible acceder a una sala virtual de lectura de todas las leyes y a un ejemplificativo método para redacción de leyes asistido por la máquina.

3. La revisión y ordenación de las disposiciones normativas

La revisión concreta siempre guarda sorpresas. Así se descubrió que ley n° 1 hubo dos, afortunadamente una de ellas derogada. Que hubo en la argentina leyes con el agregado "y medio". Que hubo leyes secretas (parece un oxímoron) que vuelven a ser cuestionadas en estos días por problemas políticos. Lo importante es que el producto de este trabajo consistió en establecer un universo de unos 45 mil enunciados normativos entre leyes y decretos. A partir de allí comenzó la fatigosa labor para poder quitarle a) todos los textos que habían sido abrogados expresamente, b) todos los enunciados normativos que son objeto de caducidad por haberse terminado el objeto que dio lugar a la ley (como el de faroles a gas o postas), c) todos los enunciados normativos cuyo objeto estaba cumplido y d), finalmente, la lista de aquellos enunciados normativos que deben ser eliminados por ser contradictorios con alguna parte del sistema jurídico que ha quedado en vigor. Obviamente esta última parte estuvo a cargo de una comisión de juristas destacados de cada una de las categorías jurídicas como está previsto en la ley 24967

Haciendo números redondos, gracias a los tres primeros criterios, se pasó de 45 mil textos normativos a unos 20.000. Aplicando el último criterio se llegará a unos 5000 enunciados normativos, de los cuales no habrá más de tres mil leyes con sus decretos reglamentarios.

La tarea ha sido ciclópea, pues como la ley del Digesto estableció, todo el derecho argentino quedó dividido en 26 categorías (o materias) y la revisión y clasificación final correspondió a un equipo de profesores de la Universidad de Buenos Aires, especialistas en cada una de las materias para aceptar, reorganizar y renumerar las normas que han quedado en vigor y decidir aquéllas que deben ser abrogadas o derogadas. De esa manera el

Digesto estará compuesto por 26 capítulos divididos en letras (o subtemas de materia) y en ellas se encontrará la norma con su respectivo número. Este es el sueño del Libro de las Leyes que nos explicó un especialista norteamericano, Layman Allen, pero que todavía está por partir en USA.

Todo esto será entregado al Ministro de Justicia en el mes de mayo de este año para que, conjuntamente con el Manual, lo eleve a la comisión mixta de cinco diputados y cinco senadores que tienen la tarea de revisar lo operado y recomendar al Honorable Congreso que se apruebe (o no) el trabajo realizado.

Al Congreso –como es normal– le toca la última palabra en la materia, pero si, como todo hace prever, se aprobara la labor realizada (con los retoques que se crean pertinentes), sancionada la ley de aprobación del último *corpus* indicado, se habrá pasado de una maraña de 26 leyes y decretos reglamentarios a no más de tres mil leyes y sus decretos. Los números son aproximativos pero sirven para demostrar cuánto se gana en calidad cambiando las cantidades. También éste será el siglo de la calidad institucional. El mejoramiento institucional no puede ser dejado al azar o al libre juego de las partes. Existen estándares internacionales como los establecidos en el Programa Puma de OCDE y lo importante es seguirlos.

La completitud y exhaustividad del seguimiento de cada texto normativo asegura la posibilidad de rastrearlo en un producto informático de gran ductilidad y extraordinaria precisión. Es posible individualizar el texto actualizado por el tipo de norma, el n°, la fecha, el asiento, la rama del derecho en la que está incluido, si hay particiones externas, si hay referencias externas remontarse al texto original, etc. Esto es un grado de precisión documentaria difícilmente alcanzado hasta el momento sobre partes o sectores del derecho en todo el mundo. Lo extraordinario del Digesto Jurídico argentino es que esto se extiende a *todo* el derecho nacional entre leyes y decretos.

La obra continuará, pues es necesario llegar también hasta las resoluciones administrativas, pero ya la parte efectuada la colocan entre las obras monumentales que los contemporáneos difícilmente llegamos a ver en toda su amplitud.

Un capítulo especial merece la seriedad y sobre todo el espíritu de colaboración que predominó en las comisiones por materias. Comisiones de eminentes juristas [9] que aun frente a las dificultades teóricas que acompañan todas las decisiones teóricas, y más dentro de una rama del derecho, prefirieron adherir a las tesis más difundidas a fin de conseguir en relativamente poco tiempo algo que habría llevado decenios de sesudas discusiones. No quita mérito intrínseco sino por el contrario agrega uno extrínseco recordar

[9] No nombramos a ninguno porque la lista es larga y frondosa y caeríamos en injusticias.

que el jurista está al servicio de la comunidad y que a veces debe transar con sus más íntimas convicciones si el resultado mejora en algo la condición general.

Lo más importante es que Argentina tendrá el primer Digesto jurídico completo realizado conforme a los criterios aceptados internacionalmente y a partir de entonces, legislando conforme a las reglas del Manual podrá preservarse la seguridad legislativa, cosa que ningún país, hasta los más adelantados, tienen hasta el presente.

Es cierto que muchos otros ejemplos están naciendo gracias a éste. Algunos serios, otros más apresurados, y en general se puede afirmar que éste será el siglo de los Digestos. Es bueno ser de los primeros, aunque haya que pagar las dificultades de todos los trabajos de punta.

No es poco que Argentina lidere la realización, hay varias razones que trataremos en un estudio más técnico para explicarlo, pero es bueno que se tenga conciencia de que hay trabajo de excelencia en el país.

TRES PREGUNTAS SOBRE PRINCIPIOS Y DIRECTRICES

Josep Aguiló Regla
Universidad de Alicante

RESUMEN. Con motivo de la aparición de la segunda edición de *Las piezas del Derecho*, Aguiló formula a Atienza y Ruiz Manero tres preguntas sobre la distinción entre principios y directrices. Las preguntas sugieren que algunas de las conexiones conceptuales que Atienza y Ruiz Manero establecen en *las piezas* tienen un alcance bastante más contingente del que los autores de las *Las piezas* parecen otorgarles.

ABSTRACT. In response to the publishing of the second edition of "*Las piezas del Derecho*", Aguiló puts three questions to Atienza and Ruiz Manero about the distinction between principles and policies. These questions suggest that the contingent character of some of the conceptual connections established in "*las piezas*" by Atienza and Ruiz Manero is greater than that which the authors of "*Las piezas*" appear to attribute to them.

DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derrecho, 28 (2005) ISSN: 0214-8676 pp. 329-340

1. Introducción. Sobre *Las piezas del Derecho*

Que *Las piezas del Derecho*[1] (en adelante *Las piezas*) es un libro importante resulta, en mi opinión, una obviedad. Pero, como no quiero detenerme a justificar esta afirmación, voy a tomar un punto de partida mucho más modesto; se trata de una afirmación relativizada que ningún lector podrá negar. *Las piezas* ha sido un libro fundamental en la vertebración intelectual del grupo (seminario) de filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante. No es que haya habido un antes y un después de la aparición (publicación) del libro, sino que para la mayoría de nosotros (los miembros del seminario que no somos sus autores) *Las piezas* constituye, en realidad, un proceso no concluido y abierto en muchos aspectos. Vertebración y apertura son, me parece, las palabras que mejor definen nuestra relación con el libro. La vertebración se fue fraguando en las acaloradas discusiones que se generaban en nuestros seminarios de los jueves a medida que Manolo y Juan (en adelante Atienza y Ruiz Manero) nos iban pasando las diversas versiones de los diferentes capítulos. En aquellas discusiones, en las que todo el mundo adoptaba en cierto modo la actitud del "participante", se produjo la asimilación de un lenguaje y unos esquemas conceptuales comunes que han permitido que todos nuestros trabajos posteriores, por más discrepancias que puedan haber generado, hayan podido ser discutidos desde parámetros compartidos. En este sentido, para el grupo de Alicante, si bien no hay un antes y un después de la publicación de *Las piezas,* sí lo hay, de la discusión de *Las piezas.* En *Las piezas*-proceso se fue fraguando el denominador común que nos permite a todos nosotros discutir sin tener que discutirlo todo. Dado lo anterior, va de suyo la apertura. Participar no es sólo reproducir ni tampoco especificar, tiene necesariamente un componente constructivo, de mejorar aquello en lo que se participa. Y esa es, me parece, la actitud que todos nosotros hemos mantenido en relación con *Las piezas*. Obviamente podría pensarse que ello es simplemente una cuestión psicológica derivada de que no es lo mismo estudiar un libro por sus diversos borradores que hacerlo una vez que ha adquirido la rigidez de la letra impresa, pero que en el fondo nuestra relación con *Las piezas* no es distinta de la relación con cualquier otro libro. Hay otro elemento, sin embargo, que explica por qué para ninguno de los miembros del seminario de Alicante esa obra está cerrada (o acabada). Me refiero a la actitud de los autores del libro. A lo largo de estos años de discusión, Atienza y Ruiz Manero han jugado, sin ningún

[1] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, Ariel, Barcelona, 1996.

género de dudas, el papel de autores de la obra y en infinidad de discusiones internas y externas al grupo se (la) han defendido "como gato panza arriba". Muchos de nosotros hemos intentado hasta la extenuación convencerles de que algunos puntos de *Las piezas* debían ser revisados y ellos, sin embargo, no parecían mostrar cansancio ni hartazgo; y así, "erre que erre", se han defendido durante años. En este sentido, la discusión interna de *Las piezas* ha generado algunas situaciones de bloqueo durante largo tiempo. Pero Atienza y Ruiz Manero no han hecho sólo eso. Han jugado también el papel de animadores de la discusión y, en no pocas ocasiones, todos nosotros hemos sido testigos de cómo ellos dos discrepaban profundamente no sólo respecto de lo que les quedaba por hacer, sino también respecto de lo que ya habían hecho. Esas discusiones entre ellos resultaban, por un lado, extraordinariamente fértiles para todos en términos intelectuales; pero también, en cierto modo, frustrantes: cuando uno creía que los tenía "pillados y bien pillados", no pillaba nada porque la discusión no versaba ya sobre lo que estaba escrito, sino sobre lo que cada uno de ellos pensaba a propósito del asunto en cuestión.

La distinción (oposición) entre principios en sentido estricto y directrices es uno de esos temas de *Las piezas* en cierto sentido bloqueados y bifurcados: Bloqueado porque muchos de nosotros llevamos años reiterando los mismos argumentos críticos y bifurcado porque cada uno de los autores suele responder de manera diferente a dichas críticas. En este sentido, la aparición de la segunda edición de *Las piezas* es una buena ocasión para armar esta discusión entre los autores del libro y hacerla pública. Con la intención, simplemente, de provocar la discusión procederé del siguiente modo. En primer lugar, haré un breve resumen de las tesis que parecen sostener conjuntamente Atienza y Ruiz Manero; en segundo lugar, trataré de ilustrar con un ejemplo cómo funciona el esquema propuesto; y, en tercer lugar, formularé tres preguntas que ponen en cuestión el alcance de las tesis sostenidas por ellos. Las preguntas sugieren algo así como que algunas de las conexiones que ellos establecen tienen un alcance mucho más contingente del que parecen otorgarles.

2. La distinción entre principios en sentido estricto y directrices

La distinción entre principios en sentido estricto y directrices está incorporada a *Las piezas* desde lo que podríamos llamar "los trabajos preparatorios". Y desde entonces se ha mantenido práctimente inalterada, si bien se han introducido matices nada desdeñables. El más importante de todos ellos probablemente sea que la distinción, que siempre fue calificada como exhaustiva, ahora opera como tal pero dentro del ámbito de las razones y

normas sustantivas[2]. En cualquier caso, para introducir la distinción entre principios en sentido estricto y directrices voy a tomar algunos párrafos de *Ilícitos atípicos*[3].

> "... en nuestros sistemas jurídicos no existen únicamente normas de los tipos antes descritos (reglas de acción y reglas de fin), sino también otras a las que suele llamarse *principios*, y en las que cabe, a su vez, distinguir entre *principios en sentido estricto* y *directrices o normas programáticas*. Tales principios sirven, por un lado, como justificación de las reglas, de las pautas específicas [...] Pero, por otro lado, los principios cumplen también una función de regulación de la conducta, especialmente de la conducta consistente en establecer normas o en aplicar las normas existentes a la resolución de casos concretos; esto último (la dimensión directiva de los principios en relación con los órganos aplicadores) ocurre cuando no existen reglas específicas aplicables, cuando éstas presentan problemas de indeterminación en su formulación, o cuando las reglas existentes parecen estar en conflicto con los principios que las justifican o con otros principios del sistema [...]
>
> "...los principios en sentido estricto incorporan valores que se consideran [...] como *últimos*. Atribuir a una acción o estado de cosas un valor último significa que no se toman en cuenta las consecuencias (de la acción o del estado de cosas), pues si lo que los hiciera valiosos fueran esas consecuencias, lo que se calificaría en último término como valioso serían esas consecuencias, no las acciones o los estados de cosas que serían su causa; en nuestro Derecho, la libertad de expresión o el respeto al honor son algunos de esos valores o fines últimos del ordenamiento. Ello implica que en este ámbito [...] la distinción entre acciones y estados de cosas pierde en buena medida su sentido, pues los únicos estados de cosas que aquí nos interesan son los vinculados no causalmente, sino conceptualmente, a las acciones [...] En el caso de los principios en sentido estricto se puede determinar que una acción está justificada con independencia del proceso causal, esto es, sin considerar sus consecuencias; o, en otras palabras, lo que aquí usamos son criterios de corrección que implican una exigencia todo o nada, en el sentido de que el juicio de corrección no es graduable: una acción o una decisión es o no correcta. No tiene sentido decir que una decisión es más correcta que otra pues, en tal caso, la última simplemente no sería correcta. Naturalmente, el juicio negativo (de incorrección) sí admite grados [...]
>
> "Las cosas son distintas si lo que se consideran son los valores incorporados al sistema jurídico por las directrices o normas programáticas: los valores utilitarios que tienen carácter intrínseco pero no último. Lo que caracteriza a los valores utilitarios es que las acciones y estados de cosas así calificados son susceptibles de un criterio superior de valoración [...] A diferencia de lo que ocurría con los principios en sentido estricto, en el caso de las directrices la relación relevante entre estados de cosas y acciones es extrínseca o causal. Desde el punto de vista de las directrices, una acción justificada es la que, respetando las otras

[2] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: "La dimensión institucional del Derecho y la justificación jurídica", en *Doxa*, nº 24, 2001.

[3] Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan: *Ilícitos atípicos,* Trotta, Madrid, 2000.

> normas del ordenamiento (y en especial los límites que derivan de los principios en sentido estricto), es la más eficiente, esto es, facilita la obtención del estado de cosas ordenado con el menor sacrificio de los otros fines. A diferencia del criterio de corrección, el criterio de eficiencia puede ser satisfecho en distintos grados, aunque pueda haber acciones que quepa calificar de absolutamente ineficaces[...].(págs. 18-23)

Las diferentes versiones, en realidad, han modificado algunos énfasis pero me parece que no incurro en ninguna deslealtad si digo que la oposición entre principios en sentido estricto y directrices ha sido caracterizada por Atienza y Ruiz Manero a partir de un conjunto de pares de opuestos correlativos. El siguiente cuadro resume dicha caracterización.

Principios	**Principios en sentido estricto**	**Directrices**
Pertenecen al género normas regulativas	Normas de acción	Normas de fin
Función directiva que cumplen.	Imponen límites	ordenan objetivos
Medida de cumplimiento	Cumplimiento pleno; todo o nada.	Mandatos de optimización; cumplimiento en la mayor medida...
Tipo de relación entre acciones y estados de cosas.	Vinculación conceptual o intrínseca, no causal, entre acciones y estados de cosas.	Vinculación causal o extrínseca, no conceptual, entre acciones y estados de cosas.
Juicios de adecuación de la conducta a las normas.	Juicio de corrección no graduable	Juicio de eficacia graduable
Valores sustantivos que incorporan	Valores últimos	Valores utilitarios

Aquí no me voy a detener a explicar los detalles de dicha caracterización, simplemente voy a tratar de mostrar mediante un ejemplo cómo funciona dicha oposición.

3. Una ilustración de la distinción

No hace mucho asistí a una conferencia sobre aspectos legales del VIH/SIDA (Raquel Aguiló). Una de las cuestiones que la conferenciante trató fue la incidencia del art. 43 de la Constitución (derecho a la protección de la salud) en relación con el sida. La exégesis de ese artículo la llevaba a afirmar que como que el sida es una enfermedad infecciosa (es decir, de transmisión) los poderes públicos están obligados a establecer las medidas necesarias para alcanzar el objetivo de prevenir y controlar la infección. A continuación, la conferenciante se formulaba la siguiente cuestión: dado que para trazar políticas de prevención y control adecuadas en el sentido de evitar la expansión de la infección parece necesario conocer el estado actual

de la misma ¿cabe establecer la obligatoriedad de las pruebas de detección del VIH? La respuesta que daba la conferenciante era que, sin duda, esa podía ser una medida eficaz (y, en este sentido, amparada por el art. 43 de la C.) pero que en nuestro ordenamiento estaba excluida porque entraba en contradicción con los principios/derechos a la dignidad (art. 10), a la integridad física y moral (art.15) y a la intimidad personal (derecho a excluir a los demás del conocimiento de aspectos de la propia persona) (art. 18). De ahí, concluía que conforme a nuestro ordenamiento las pruebas de detección del sida siempre deben ser voluntarias y requieren consentimiento libre. Ello es así, decía la conferenciante, incluso en el ámbito sanitario donde las posibilidades de contagio son muy superiores: las pruebas de detección del virus no pueden imponerse a los pacientes ni a los profesionales sanitarios. Había sólo tres excepciones a lo dicho, sostenía la conferenciante, que eran las donaciones de sangre; la obtención, extracción y trasplante de órganos humanos; y en las técnicas de reproducción asistida. Pero, en realidad, más que excepciones se trataba de casos que quedaban fuera del alcance de este balance de principios.

Lo interesante de todo ello radica en que la exposición de la conferenciante (totalmente ajena a *Las piezas*) parecía una ilustración de *Las piezas*. Toda su argumentación era perfectamente reconducible a los esquemas conceptuales usados por Atienza y Ruiz Manero. El art. 43 (derecho a la protección de la salud) operaba como una directriz; ordenaba un fin (que la salud de los ciudadanos esté protegida); este objetivo no es todo o nada, sino que es alcanzable en diversos grados; donde la relación entre el objetivo o el estado de cosas debido (que la salud esté protegida) y las acciones que se realizan (las medidas que se toman) es causal; por tanto, el juicio de adecuación de las conductas (lo que se hace) a lo prescrito por las normas es de eficacia y es graduable (en qué grado lo que se hace produce el fin debido); y, finalmente, dicha directriz parece incorporar un valor utilitario, no último, por ello ciertas medidas –aunque eficaces para el fin debido– resultan desplazadas por principios en sentido estricto. Por el contrario, la dignidad de la persona (art. 10), el derecho a la integridad física y moral (art. 15) y a la intimidad personal (art. 18) operan como principios en sentido estricto. Se trataba de normas que imponen límites e incorporaban una medida de cumplimiento pleno: una vez determinada su relevancia para el caso en cuestión deben simplemente respetarse; la relación entre el estado de cosas de que la integridad física o la intimidad sean respetadas y la acción de respetarlas es conceptual y no causal: obligar a someterse a las pruebas de detección del sida no es causal en relación con la violación de la intimidad sino conceptual. El juicio de adecuación de las conductas a las normas es un juicio de corrección no graduable: la conducta (o la medida) respeta o no

la dignidad, la intimidad o la integridad física. Y finalmente los valores que incorporan dichas normas son valores últimos o finales, no utilitarios. Sólo pueden ceder en un balance con otros valores últimos.

4. Sobre las relaciones conceptuales y causales entre estados de cosas y acciones

Debo empezar confesando que nunca he llegado a entender muy bien a qué se refieren Atienza y Ruiz Manero cuando abordan esta cuestión. Para los fines de esta exposición no necesito construir de manera muy acabada la distinción entre relación causal y conceptual entre acciones y estados de cosas. Mi punto es bastante más modesto y consiste en que los tipos de relaciones entre acciones y estados de cosas no difieren demasiado se trate de principios o de directrices. Tomemos algunos ejemplos suministrados por la conferencia. En mi opinión, tanto en el caso de la directriz como en el de los principios la relación entre acciones y estado de cosas es primero causal y como consecuencia de ello también conceptual. En el caso de la directriz, la relación entre la acción que se realiza (por ejemplo, imponer las pruebas de detección del virus) y el estado de cosas ordenado o debido (que la salud de los ciudadanos esté protegida) tiene que ser causal. La acción tiene que ser un medio para el fin. Una vez afirmada esta relación causal, podemos establecer una relación conceptual entre la acción de imponer las pruebas de detección del virus (la acción) y la protección de la salud de los ciudadanos (el estado de cosas) y, en consecuencia, afirmar que imponer las pruebas de detección del virus es una "forma" (junto con otras posibles) de proteger la salud. Si no afirmáramos la relación causal, no estableceríamos la relación conceptual (o simplemente la desmentiríamos). Si negamos la relación causal, entonces negamos también la conceptual. Por ejemplo, negaríamos que enseñar valenciano sea una forma de proteger la salud (negaríamos la relación conceptual) porque sencillamente negaríamos la relación causal.

Lo que me interesa poner de manifiesto es que me parece que la cosa no es distinta en el caso de los principios en sentido estricto (o en las normas de acción en general). Solo una vez que hemos determinado la relación causal, admitimos la relacional conceptual entre lo que se hace y el estado de cosas debido. Si la primera no se verifica, negamos la segunda. Empecemos con un ejemplo sencillo. Si tomamos la prohibición de matar como ejemplo de norma de acción, entonces todas aquellas acciones que causalmente provocan el resultado muerte, en efecto las consideramos "formas de matar": disparar, apuñalar, envenenar, etc. las consideramos formas de matar. Pero lo importante es que las consideramos así, porque afirmamos la relación causal. Si negamos la relación causal, entonces negamos también la relación conceptual. Por ejemplo, no aceptamos que echar mal de ojo sea una forma

de matar porque negamos la relación causal. Obviamente, si alguien admite la primera, admitirá también la segunda. Regresemos ahora al ejemplo sida. La pregunta que nos interesa es ésta: imponer las pruebas de detección del virus del sida ¿es una forma (relación conceptual) de violar, por ejemplo, la integridad física de las personas? En mi opinión, sólo si se establecen ciertas conexiones causales entre lo que suponen las acciones de detección de la enfermedad y ciertos estados de cosas pueden afirmarse o negarse las relaciones conceptuales. Por ejemplo, tal como son hoy las pruebas de detección de la enfermedad atentan contra la integridad física de las personas porque suponen la extracción de una cierta cantidad de sangre, pero si la detección de la enfermedad pudiera hacerse recurriendo a un arco semejante al que se utiliza para la detección de metales, nadie diría que disponer de un arco de ese tipo en la entrada de un hospital constituye una lesión a la integridad física de las personas. Estaríamos ante un caso semejante al del mal de ojo como forma de matar.

¿Por qué es importante todo esto? Porque tengo la impresión de que la insistencia en la conexión conceptual en vez de la causal, no es argumentativamente inocente. Tratemos de explicarlo. En el estado actual de propagación del sida en España hay un amplio consenso, creo, en el sentido de que tal como son hoy en día dichas pruebas su imposición en efecto supone una forma de atentar contra la dignidad, la integridad y la intimidad de las personas. Pero imaginemos por un momento que la evolución de la infección fuera muy negativa y que, en consecuencia, el nivel de contagios se disparara; es decir, imaginemos que empieza a generarse la urgencia de proceder a un control más efectivo de la enfermedad. Imaginemos también que se produce un avance tal en las técnicas de detección de la enfermedad que permite que en lugar de tener que extraer, por ejemplo, 5ml. de sangre fuera suficiente obtener una gota de la yema de un dedo. Y finalmente supongamos que dados todos estos cambios pensásemos que el control de la enfermedad bien merece este "pequeño" sacrificio. ¿Cuál sería la forma correcta de describir dicho cambio en relación con el derecho a la integridad física de las personas? Una primera alternativa consiste en decir que mientras que extraer 5ml de sangre atenta contra la integridad física de las personas (es una forma de lesionar la integridad física), la extracción de una gota de sangre, no. Esta sería la forma de describir el cambio que se sigue de la presentación de Atienza y Ruiz Manero. La evolución de la infección no sería relevante, porque la protección de la salud (valor utilitario) no puede balancearse (sopesarse) con la integridad física (valor último). El cambio relevante tiene que ver sólo con la modificación de las técnicas de detección de la enfermedad. Otra descripción posible consiste en balancear el estado de la evolución de la infección con los diferentes costes que para

la integridad física de las personas tienen las diferentes pruebas de detección de la enfermedad. Así, dado el diferente coste que para la integridad física tienen las diferentes pruebas, justificar unas y no otras dado un cierto estado de evolución de la enfermedad. En mi opinión, la insistencia en la relación conceptual (obligar a ceder una gota de sangre no atenta contra la integridad física –no tiene costes en términos de integridad física–) frente a la causal es en el mejor de los casos una necesidad interna de la propia teoría para poder seguir sosteniendo que los principios en sentido estricto prevalecen siempre sobre la directrices.

Pensemos, por ejemplo, en la evolución que la obligatoriedad de las pruebas de alcoholemia está teniendo en relación con las necesidades de control del tráfico rodado. Superado un cierto nivel de riesgo (o alarma social) que hace que se sienta la necesidad de control surgen dos alternativas: a) sopesamos el objetivo colectivo de la seguridad en el tráfico rodado con el coste que para la dignidad y la intimidad (admitamos que soplar no atenta contra la integridad física) de las personas tienen la obligatoriedad de las pruebas. O b) establecemos la prioridad de los principios de dignidad e intimidad y negamos que la obligatoriedad de las pruebas de alcohol en sangre tengan costes en términos de dignidad e intimidad de las personas.

La pregunta: ¿No resulta ideológica la insistencia en la relación conceptual? ¿No supone una ocultación de los costes que estamos dispuestos a pagar en términos (según Atienza y Ruiz Manero) de valores últimos? ¿No es más adecuado –en relación con los principios en sentido estricto– mostrar dichos costes y, por tanto, aceptar que son susceptibles de optimización?

5. Sobre deberes positivos y deberes negativos

Desde su vertiente directiva, tanto las directrices como los principios en sentido estricto son normas que imponen deberes. Algunas de las características que Atienza y Ruiz Manero les atribuyen parecen indicar que mientras que los principios en sentido estricto imponen deberes negativos (límites a la conducta, límites a la producción de cambios en el mundo), las directrices imponen deberes positivos (deberes de hacer, deberes de producir cambios en el mundo). Ello es particularmente intenso por las referencias a la discrecionalidad en la elección de los medios para alcanzar el objetivo establecido en las directrices, discrecionalidad que no existiría en los principios en sentido estricto. En efecto, la discrecionalidad es consustancial a los deberes positivos: siempre que hay más de una forma de producir el resultado debido, el sujeto normativo tiene que elegir la forma de cumplir el deber. Ello es así porque sólo está obligado a realizar una de las acciones de entre todas aquellas que son formas posibles de producir el resultado debido (el cambio en el mundo). Esta elección del medio (de la forma de acción) hace

que sea posible realizar una evaluación del cumplimiento de la norma en términos de eficiencia: siempre tendrá sentido preguntarse si había alguna otra forma más eficiente (menos costosa) de producir el resultado debido (minimización de costes u optimización del resultado); y ello es así con independencia de que el resultado sea graduable o no: un mismo resultado puede alcanzarse de formas más o menos costosas. Los deberes negativos son, en este sentido, completamente diferentes; no tienen este componente de eficiencia en la elección de la forma de cumplimiento, por la sencilla razón de que la prohibición de un resultado supone la prohibición de todas las formas de producirlo.

La posible asociación entre, por un lado, principios en sentido estricto y deberes negativos y, por otro, directrices y deberes positivos no plantea especiales problemas siempre y cuando se mantenga circunscrita exclusivamente al aspecto directivo de los principios. Las dificultades surgen de la asimetría que Atienza y Ruiz Manero establecen entre principios y directrices en el aspecto justificativo, pues según ellos los principios prevalecen siempre sobre las directrices porque mientras que los primeros incorporan valores últimos, las directrices, valores utilitarios. El asunto de fondo que quiero plantear es más o menos el siguiente. En la filosofía moral la discusión a propósito de los deberes positivos generales versa centralmente sobre su rango moral, es decir, sobre si existen o no, y en caso de que sí, si obligan en la misma medida que los deberes negativos generales. La tesis de la asimetría entre unos y otros deberes ha sido acusada en ocasiones de ideológica, de estar fundada, por un lado, sobre algunos prejuicios (daño-beneficio; acción-omisión, etc.) y, por otro, en una visión deformada de la ética normativa, pues podría decirse que "los deberes que ella impone –sean negativos o positivos [sean principios o directrices]– no constituyen un fin en sí mismos sino que tienen un carácter instrumental, es decir, asegurar la protección de bienes que se consideran valiosos"[4].

La pregunta: ¿No os parece que establecer una conexión necesaria entre una forma de guiar la conducta o tipo de mandato (principio o directriz) con un tipo de valor (último o utilitario) resulta de una rigidez completamente injustificada? ¿No supone, además, olvidar que las formas de guiar la conducta son instrumentales en relación con los valores o bienes que se trata de proteger o de promocionar?

[4] Garzón Valdés, Ernesto: "Los deberes positivos generales y su fundamentación", en *Doxa*, nº 3, 1986, págs. 29-30.

6. Sobre la conexión principios-valores últimos y directrices-valores utilitarios

Para ilustrar el tipo de dificultad que trato de poner de manifiesto tomemos como ejemplo, en primer lugar, el art. 9.2 de la constitución española. Se mire por donde se mire, en mi opinión resulta obvio que, en su vertiente directiva, este artículo reune todas las propiedades que Atienza y Ruiz Manero predican de las directrices: es una norma de fin; ordena un objetivo social; es un mandato de optimización (el objetivo debe alcanzarse en la mayor medida posible); el estado de cosas prescrito sólo se puede alcanzar mediante la realización de otras acciones causalmente conectadas con dicho resultado; y la relación entre estas acciones y el resultado será susceptible de ser juzgado en términos de eficiencia, etc. En definitiva, este artículo en su vertiente directiva contiene una directriz. Ahora bien, lo que no se ve por ninguna parte es que en su vertiente justificativa, el artículo en cuestión proteja un valor utilitario. Consideremos la igualdad de oportunidades como uno de los valores protegidos por el art. 9.2.: no hay, me parece, forma de verla como un valor utilitario. La igualdad de oportunidades es en sí misma valiosa, no lo es por las consecuencias que produce y es, en este sentido intrínsecamente buena. Es un valor último de nuestros sistemas jurídicos que demanda protección cuando de hecho se da (es decir, prohibición de lesionarla) y promoción (deber de producirla) cuando de hecho no se da. Lo anterior muestra que no hay esa conexión entre formas de dirigir la conducta (principio o directriz) y tipo de valor (último o utilitario).

Los ejemplos pueden multiplicarse fácilmente. El caso inverso al anterior nos lo suministra el derecho al trabajo (art. 35.1). En *Las piezas* el trabajo (el empleo) aparece como ejemplo de valor intrínseco pero utilitario; así, Atienza y Ruiz Manero escriben: "valoramos positivamente el estado de cosas consistente en que todos los ciudadanos dispongan, bien de un empleo, bien de una prestación económica, pero lo valoramos así fundamentalmente por sus consecuencias: porque ello posibilita el que cada uno pueda trazarse y llevar a cabo un plan de vida". Admitamos que el trabajo es un valor utilitario y no último. Eso ahora no está en discusión. Lo que quiero poner de manifiesto es que la técnica normativa empleada para proteger ese derecho (ese valor utilitario) en el Derecho español es algo muy parecido a un principio en sentido estricto. Así, por ejemplo, el TC en sentencia nº 192/2003 de 27 de octubre dice "No debe olvidarse que hemos venido señalando desde nuestra STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8, que, en su vertiente individual, el derecho al trabajo (art. 35.1) se concreta en el 'derecho a la continuidad o estabilidad en el empleo, es decir, en el derecho a no ser despedido sin justa causa'"; dicho en otras palabras, se concreta en el principio de prohibición del despido sin justa causa. En su vertiente directiva, por más que uno acepte

que incorpora simplemente un valor utilitario, se parece exclusivamente a lo que Atienza y Ruiz Manero llaman principio en sentido estricto.

La pregunta: Si lo anterior es acertado, es decir, si resulta relativamente sencillo encontrar en nuestros ordenamientos ejemplos de normas (enunciados) que en su vertiente directiva se asemejan a directrices pero que protegen valores últimos y, a la inversa, normas que en el aspecto directivo se parecen a los principios en sentido estricto pero que están conectados con valores utilitarios ¿no os parece que la caracterización de la distinción que haceis puede ser acusada de ideológica en el sentido de que presentáis como cualitativo lo que, en el mejor de los casos, no es más que cuantitativo? Y esta presentación ¿no tiene un sesgo injustificado que hace primar siempre los clásicos derechos de libertad frente a los de igualdad? ¿No pensáis que es más adecuado afirmar que en relación con cualquier valor (sea último o utilitario) pueden extraerse guías para la conducta tanto en el sentido de límite como en el de promoción dependiendo de los estados del mundo?

PRINCIPIOS, OBJETIVOS Y DERECHOS. OTRA VUELTA DE TUERCA

Juan Ruiz Manero
Universidad de Alicante

RESUMEN. En el libro publicado en 1996 *Las piezas del Derecho,* Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero criticaron la tesis de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización y sostuvieron que tal caracterización resultaba adecuada únicamente para aquellos principios (en sentido genérico) que es usual llamar directrices o normas programáticas, pero no para lo que los autores llamaban principios en sentido estricto. Esta crítica ha sido discutida después en diversos trabajos entre los que Ruiz Manero destaca artículos debidos al propio Robert Alexy, a Gloria Lopera y a Josep Aguiló, así como una entrevista a Alexy realizada por Atienza. En este artículo, Ruiz Manero trata de responder a las críticas contenidas en estos trabajos a la posición desarrollada por Atienza y él mismo. Entre los puntos discutidos vale la pena mencionar los siguientes: la contribución de principios en sentido estricto y de directrices a la configuración de derechos; los sentidos en los que cabe hablar de modalidades graduables de cumplimiento de una norma; la distinción, a propósito de las relaciones entre acciones y estados de cosas, entre relaciones conceptuales y relaciones causales; la vinculación entre diferentes tipos de principios y diferentes tipos de valores.

ABSTRACT. In "*Las piezas del Derecho",* published in 1996, Manuel Atienza and Juan Ruiz Manero critisized Robert Alexy´s thesis of principles as optimization commands, and they maintained that such a characterization was only appropriate with regard to those principles (in the generic sense) which are usually called policies or programmatic norms, but the said characterization were not appropriate with regard to what the authors called principles in the strict sense. This criticism has since been queried in a number of papers, amongst which Ruiz Manero mentions articles by Robert Alexy himself, by Gloria Lopera and by Josep Aguiló, as well as an interview with Alexy carried out by Atienza. In this article, Ruiz Manero seeks to answer the criticism which these papers contain of his and Atienza´s position. Of the points discussed, the following are worth mentioning: the contribution of principles in the strict sense and policies to the shaping of rights; the senses in which one can speak of gradable forms of fulfilling a norm; the distinction, made regarding the relationships between actions and the state of affairs, between conceptual relationships and causal relationships; the connection between different types of principles and different types of values.

1. Introducción. La tesis de Alexy y nuestra crítica

Desde la publicación de la primera edición de *Las piezas del Derecho*[1] –y aun antes, en trabajos que constituyeron versiones preliminares de lo que acabó siendo el primer capítulo de ese libro[2]– Manuel Atienza y yo mismo sometimos la tesis de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización a una crítica directa. Crítica directa que hemos mantenido, con cambios de acento pero no sustantivos, y con algún desarrollo colateral, en trabajos posteriores[3]. Como es bien sabido, la teoría de los principios de Alexy tiene como uno de sus puntos centrales la consideración de que los principios son mandatos de optimización que pueden cumplirse en diversos grados, mientras que las reglas exigen cumplimiento pleno. En los propios términos de Alexy, el "núcleo" o "punto decisivo" de la distinción entre reglas y principios sería el siguiente:

> "Los *principios* son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los principios son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque pueden ser cumplidos en diversos grados y porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las *reglas* son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden ser sólo cumplidas o incumplidas. Si una regla es válida, entonces es obligatorio hacer precisamente lo que ordena, ni más ni menos. Las reglas contienen por ello *determinaciones* en el campo de lo posible fáctica y jurídicamente […]. Si se exige la mayor medida posible de cumplimiento en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, se trata de un principio; si sólo se exige una determinada medida de cumplimiento, se trata de una regla"[4].

Pues bien: a este planteamiento oponíamos Atienza y yo la necesidad de distinguir entre dos tipos de principios –principios en sentido estricto y di-

---

[1] M. Atienza y J. Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos,* Ariel, Barcelona, 1996. En adelante me referiré a este libro como *Las piezas*. Hay una segunda edición de 2004 que incorpora diversos cambios y añadidos.

[2] M. Atienza y J. Ruiz Manero: "Sobre principios y reglas", en *Doxa*, nº 10, 1991; "Objeciones de principio. Respuesta a Aleksander Peczenik y Luis Prieto Sanchos", en *Doxa*, nº 12, 1992; "Tre approcci ai principi di diritto", en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, 1993.

[3] M. Atienza y J. Ruiz Manero: "Rules and Principles Revisited", en *Associations. Journal for Legal and Social Theory,* vol. 4, nº 1, 2000; *Ilícitos atípicos. Sobre el abuso del derecho, el fraude de ley y la desviación de poder,* Trotta, Madrid, 2000.

[4] R. Alexy: "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", en *Doxa,* nº 5, 1988, pp. 143-44. En el mismo sentido, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. cast. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 86 ss.

rectrices o normas programáticas– y ello tanto si contemplamos las normas desde una perspectiva estructural (esto es, atendiendo a cómo están internamente organizados sus elementos) como si lo hacemos desde la perspectiva de la manera cómo pretenden incidir en el razonamiento práctico de sus destinatarios (esto es, atendiendo a las razones para actuar de que pretenden proveer). Desde la primera perspectiva, las normas que llamamos principios en sentido estricto están compuestas, de acuerdo con nuestra reconstrucción, por un antecedente en el que no figura otra cosa más que el que exista una posibilidad de realizar (u omitir) una cierta acción y un consecuente en el que figura el deber *prima facie* de realizar (u omitir) tal acción. De esta forma, los principios en sentido estricto pueden ser vistos como normas *categóricas* (en el sentido de von Wright[5], esto es, que no establecen condiciones de aplicación distintas de las que se derivan de su contenido) que generan deberes meramente *prima facie*; si, en relación con un cierto caso, deseamos saber si ese deber *prima facie* deviene deber concluyente hemos de añadir al antecedente, constituido por la existencia de una posibilidad de realizar (u omitir) la acción modalizada deónticamente en el consecuente, una cláusula de "a menos que": el deber *prima facie* deviene deber concluyente siempre que sobre el caso en cuestión no incida otro principio que tenga, en relación con él, un peso mayor y que, por ello, derrote, en relación con el caso, al principio bajo consideración. De esta forma, los principios en sentido estricto pueden ser vistos como *normas hipotéticas* (asimismo en el sentido de von Wright[6], esto es, que establecen condiciones de aplicación adicionales a aquellas que se derivan de su contenido) que generan deberes concluyentes. La diferencia con las reglas (que también establecen condiciones de aplicación adicionales a aquellas que se derivan de su contenido) es que, en el caso de las reglas, esas condiciones de aplicación están determinadas (o, lo que es lo mismo, se presentan, como preferíamos decir en *Las piezas*, en *forma cerrada*), mientras que en el caso de los principios en sentido estricto tales condiciones de aplicación están indeterminadas (o, lo que es lo mismo, se presentan, como preferíamos decir en *Las Piezas*, en *forma abierta*). De lo que se sigue la tan conocida circunstancia de que, así como la manera en que una regla se aplica a ciertos casos es mediante

---

[5] G. H. von Wright: *Norma y acción. Una investigación lógica,* trad. cast. de P. García Ferrero, Tecnos, Madrid, 1979, p. 91: "Llamaremos a una norma (que no sea una regla ideal) categórica si su condición de aplicación es la condición que tiene que cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido, *y ninguna otra condición*".

[6] *Ibíd.,* p. 91*:* "Llamaremos a una norma (que no sea una regla ideal) hipotética si su condición de aplicación es la condición que ha de cumplirse para que exista una oportunidad de hacer aquello que constituye su contenido y *alguna otra condición adicional"* (corrijo aquí una errata evidente de la traducción castellana).

la subsunción de estos en aquella, la manera en que un principio se aplica a ciertos casos es mediante su ponderación en relación con cada uno de esos casos con otros principios que resulten concurrentes. Si las reglas pueden aplicarse sin ponderación es porque en ellas se encuentran determinadas las propiedades genéricas que constituyen sus condiciones de aplicación; como tales propiedades genéricas no se encuentran determinadas en el caso de los principios, la ponderación es aquí inescapable. Las reglas pueden, pues, ser vistas como razones perentorias[7] (como razones para hacer lo ordenado excluyendo la deliberación sobre otras razones en pro o en contra de ello) precisamente porque determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado; los principios no pueden ser vistos más que como razones de primer orden (como razones para hacer lo ordenado cuyo peso frente a otras razones en contra de ello no puede establecerse más que mediante deliberación) precisamente porque no determinan en qué condiciones debe hacerse (concluyentemente) lo ordenado. Pero, si en relación con un cierto caso, el principio bajo consideración no resulta derrotado por otros eventualmente concurrentes, éste exige, decíamos en *Las Piezas*, un cumplimiento pleno: la acción u omisión ordenada se realiza o no se realiza, esto es, se cumple o no se cumple con lo exigido por el principio, pero no caben modalidades graduables de cumplimiento. Pensemos, por ejemplo, en el caso constituido por un concurso para el reclutamiento de médicos para hospitales de la Seguridad Social al que aspiran titulados que religiosamente se definen como testigos de Jehová y que, por tanto, consideran que las transfusiones sanguíneas están sujetas a una prohibición divina absoluta. Se concordará en que aquí concurren, de un lado, el principio de prohibición de trato desigual por razón de las creencias religiosas y, por otro, el principio de protección de la vida humana. Supongamos que entendemos que las cosas se plantean de forma distinta en el caso de los nutricionistas, por un lado, y en el de los especialistas en cuidados intensivos, por otro. En el caso de los nutricionistas entendemos que un médico testigo de Jehová no supone un riesgo apreciable para la vida de los pacientes, pues en esta especialidad

[7] Lo que no excluye que, en relación con ciertos casos pueda ocurrir que, aun constituyendo *prima facie* instancias del caso genérico configurado en las condiciones de aplicación de la regla, no estén, sin embargo, dentro del alcance justificado de la misma, bien (1) porque las principales razones que respaldan la regla no se apliquen en absoluto en ese caso, bien (2) porque aun aplicándose esas razones se aplique también otra razón más fuerte (que no pertenece a las que respaldan la regla) y que exige una distinta solución normativa, bien (3) porque las razones que respaldan la regla se aplican en un grado ínfimo o insignificante. Al tratar de responder aquí a críticas referidas a nuestra teoría de los principios, y no a nuestra teoría de las reglas, dejaré de lado por completo estas complicaciones. En todo caso, sobre ello véase M. Atienza y J. Ruiz Manero *Ilícitos atípicos*, *cit.,* y también Ángeles Ródenas: "Entre la transparencia y la opacidad. Análisis del papel de las reglas en el razonamiento judicial", en *Doxa*, nº21/I, 1998.

no es usual la prescripción de transfusiones sanguíneas y, en todo caso, al no tener los tratamientos carácter de urgencia, siempre podría intervenir un médico de distinta adscripción religiosa. El caso es distinto, nos parece, en el caso de los médicos especialistas de cuidados intensivos. Estos tienen que tomar rápidamente decisiones en contextos en los cuales la realización o no de una transfusión sanguínea es, literalmente, cuestión de vida o muerte para los pacientes. Supongamos que entendemos que, en virtud de estas consideraciones, en el caso del reclutamiento de nutricionistas prevalece el principio de prohibición de trato desigual por razón de las creencias religiosas, mientras que en el caso del reclutamiento de especialistas en cuidados intensivos prevalece el principio de protección de la vida humana. En el primer caso (en el de los nutricionistas), pues, excluir a los testigos de Jehová estaría concluyentemente prohibido. En el segundo caso (en el de los especialistas en cuidados intensivos) excluir a los testigos de Jehová sería concluyentemente obligatorio. Y estas prohibiciones y obligaciones concluyentes no pueden más que cumplirse o incumplirse. No hay una tercera posibilidad; no hay modalidades graduables de cumplimiento.

Las cosas son distintas si lo que examinamos no son lo que llamábamos principios en sentido estricto, sino las directrices o normas programáticas, entendiendo por tales las normas que establecen la obligatoriedad de perseguir determinados objetivos colectivos, esto es, de maximizar ciertos rasgos o propiedades del mundo social. Por ejemplo, la disposición constitucional que ordena que la política económica esté orientada al pleno empleo. De acuerdo con lo que sosteníamos en *Las Piezas,* estas normas deben reconstruirse como no conteniendo, en su antecedente, más que el que haya una oportunidad de realizar la conducta ordenada en el consecuente (contribuir a maximizar el empleo). Son, pues, de nuevo en el sentido de von Wright, normas categóricas, pues no contienen en su antecedente ninguna propiedad adicional a la de que haya una oportunidad de realizar la conducta ordenada en el consecuente. Esta conducta ordenada en el consecuente presenta, por su parte, cuatro rasgos importantes. Primero, no se trata de una acción, sino de un estado de cosas que puede mantener relaciones causales con acciones muy heterogéneas entre sí: puede fomentarse el pleno empleo mediante políticas salariales, comerciales, educativas, fiscales, de función pública, etc. Segundo, estas acciones, a su vez, pueden mantener relaciones causales asimismo muy heterogéneas con estados de cosas ordenados por directrices diversas: cierta política fiscal puede, de entrada, contribuir a fomentar el pleno empleo, pero contribuir a deteriorar la estabilidad económica, estado de cosas al que apunta otra directriz constitucional; y este deterioro de la estabilidad económica puede, a su vez, acabar teniendo efectos negativos sobre el empleo. Tercero, la propiedad que caracteriza al estado de cosas

ordenado por cada directriz es una propiedad graduable y lo ordenado es maximizar tanto como sea posible esa propiedad, trazando políticas que articulen la procura de esa maximización con la procura de la maximización de las propiedades caracterizadoras de los estados de cosas cuya persecución ordenan otras directrices. Cuarto, ese deber de maximización no es un deber meramente *prima facie,* sino concluyente.

De forma que la necesidad de deliberación, común a todos los principios, se plantea de forma distinta según que se trate de principios en sentido estricto o de directrices: en el primer caso (principios en sentido estricto), se trata de determinar la prevalencia o no del principio bajo consideración en relación con otros principios eventualmente concurrentes; determinada esta prevalencia, el principio en cuestión exige un cumplimiento pleno; en el segundo caso (directrices o normas programáticas), se trata de diseñar y llevar a cabo políticas que procuren el mayor grado de satisfacción posible de los diversos objetivos, interdependientes entre sí, a los que apuntan las diversas directrices. De ahí que concluyéramos Atienza y yo en *Las Piezas* que "la teoría de Robert Alexy de los principios como mandatos de optimización resulta […] distorsionadora en relación con los principios jurídicos en sentido estricto, pero perfectamente adecuada para dar cuenta de las directrices"[8].

En un trabajo que se publica en este mismo número de *Doxa*, Josep Aguiló ofrece un cuadro en el que sintetiza muy adecuadamente nuestra caracterización de la oposición entre principios en sentido estricto y directrices de la siguiente forma:

Principios	**Principios en sentido estricto**	**Directrices**
Pertenecen al género normas regulativas	Normas de acción	Normas de fin
Función directiva que cumplen.	Imponen límites	Ordenan objetivos
Medida de cumplimiento	Cumplimiento pleno; todo o nada.	Mandatos de optimización; cumplimiento en la mayor medida...
Tipo de relación entre acciones y estados de cosas.	Vinculación conceptual o intrínseca, no causal, entre acciones y estados de cosas.	Vinculación causal o extrínseca, no conceptual, entre acciones y estados de cosas.
Juicios de adecuación de la conducta a las normas.	Juicio de corrección no graduable	Juicio de eficacia graduable
Valores sustantivos que incorporan	Valores últimos	Valores utilitarios

[8] M. Atienza y J. Ruiz Manero: *Las piezas del Derecho, cit.,* p. 11.

La mayor parte de los contenidos de estos casilleros se han visto reflejados, creo, en los párrafos que anteceden. No se ha hecho referencia hasta ahora, sin embargo, a los tipos de relación entre acciones y estados de cosas característicos de principios en sentido estricto y de las directrices ni tampoco a los valores sustantivos que incorporan unos y otras –consideración vinculada a la tesis, defendida por nosotros, de la prioridad de los principios en sentido estricto sobre las directrices. Sobre estos puntos me extenderé con cierta amplitud más adelante.

Desde la primera edición de *Las Piezas*, se han publicado diversos textos que han vuelto, en todos los casos de forma aguda, sobre esta crítica nuestra a Alexy y los problemas involucrados en ella. Las páginas que siguen tratan de dar cuenta y de responder a estos trabajos.

De entre ellos, el artículo de Robert Alexy "Sobre la estructura de los principios jurídicos"[9] contiene una respuesta –adelantaré que, en mi opinión, no convincente– a nuestra crítica.

Posteriormente, Atienza y Alexy han vuelto sobre estos problemas en la entrevista que el primero hizo al segundo en el número 24 de *Doxa*[10]. Adelantaré que, en mi opinión, tanto lo que aquí expone Atienza (en forma de pregunta) como lo que contesta Alexy, está lastrado por el uso de malos ejemplos, de ejemplos que, a mi juicio, conducen la discusión fuera del punto y sirven para enredarla en malentendidos.

En el número anterior de *Doxa*, Gloria Lopera[11], en un trabajo que resulta a la vez profundo y brillante, propuso una manera de entender la tesis de Alexy de los principios como mandatos de optimización a partir de la cual la divergencia entre esta tesis y lo que defendimos Atienza y yo en *Las piezas* sería puramente aparente o, lo que es lo mismo, meramente verbal. Nuestra posición sería perfectamente compatible con la de Alexy, tal como es reformulada por Lopera. Adelantaré que creo que, si concordamos en que la mejor interpretación de un texto es la que ofrece la mejor versión posible de lo que ese texto sostiene, la interpretación propuesta por Lopera es, sin duda, la mejor interpretación de Alexy. Pero creo también que eso no quita para que haya una diferencia importante entre las posiciones de Alexy y las nuestras, que la interpretación de Lopera difumina. Y esta diferencia acarrea

---

[9] R. Alexy: "Sobre la estructura de los principios jurídicos", en R. Alexy: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios,* presentación y traducción de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003. Publicado originalmente como "Zur Struktur der Rechtsprinzipien", en B. Schilcher et al. (eds.): *Regeln, Prinzipien und Elemente im System des Rechts,* Verlag Österreich, Viena, 2000.

[10] M. Atienza: "Entrevista a Robert Alexy", en *Doxa,* nº 24, 2001.

[11] G. Lopera: "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización", en *Doxa*, nº 27, 2004.

una ventaja para nuestra construcción, pues ésta posibilita dar cuenta de dos maneras diferentes en que principios de dos tipos diferentes de estructura (principios en sentido estricto y directrices) pretenden regular la conducta e incidir sobre el razonamiento práctico de sus destinatarios; la construcción de Alexy, por su parte, presenta indiferenciadamente la estructura y la manera de operar de uno y otro tipo de principios.

Finalmente, también en este mismo número de *Doxa*, Josep Aguiló formula, con título de apariencia inocente, "Tres preguntas sobre principios y directrices"[12]. Pero sus tres preguntas son capitales para cualquier teoría de los principios y una construcción que no fuera capaz de proporcionar una respuesta adecuada a las mismas debería, sólo por eso, ser abandonada o, cuando menos, reelaborada a fondo. La tesis implícita de Aguiló es que esto es precisamente lo que ocurre en nuestro caso. Supongo que no es una sorpresa para nadie si adelanto que, a mi juicio, no tiene razón.

2. Una réplica de Alexy

En su trabajo "Sobre la estructura de los principios jurídicos" Robert Alexy señala acertadamente que, de acuerdo con nuestra reconstrucción de los principios en sentido estricto, éstos "no deben cumplirse en diferente grado, sino que sólo pueden seguirse o no seguirse"[13] y también que lo esencial en nuestra reconstrucción es la cláusula que, de acuerdo con lo que antes veíamos, permite pasar del debe *prima facie* al debe concluyente. Escribe, en relación con el mismo ejemplo que nosotros utilizamos, citando el texto de la edición inglesa de *Las Piezas,* que "la parte decisiva de esta reconstrucción del artículo 14 de la Constitución española es la cláusula 'and there is no countervailing principle of higher weight in the case at hand', que no se encuentra en el texto constitucional"[14]. A partir de aquí, Alexy concuerda con nosotros en que una norma como el artículo 14, entendida como provista de semejante cláusula, "sin duda alguna […] no puede cumplirse en diferente grado". Pero, inmediatamente a continuación, añade: "Sin embargo, su propiedad de poder ser sólo cumplida o incumplida, es trivial. Cada principio puede asimilarse a una norma todo-o-nada mediante una cláusula general de reserva como aquella que establece: 'y cuando otro principio contrario con mayor peso no ordene otra cosa' […] Atienza y Ruiz Manero están en lo cierto cuando afirman que el artículo 14 de la Constitución española, en la reconstrucción emprendida por ellos, establece una consecuencia jurídica

[12] J. Aguiló Regla: "Tres preguntas sobre principios y directrices", en este número de *Doxa*.

[13] R. Alexy: "Sobre la estructura de los principios jurídicos", *cit.*, p. 119.

[14] *Ibid.,* p. 120.

definitiva. No obstante, esto se deriva únicamente de la cláusula no escrita introducida por ellos"[15]. La cuestión es si esa cláusula no escrita introducida por nosotros da cuenta o no adecuadamente de la manera cómo los principios se aplican a los casos y si este dar cuenta es, o no, trivial. En cuanto a lo primero, Alexy no parece negar la virtualidad de la cláusula, porque escribe que, de acuerdo con ella, "todo desemboca en una ponderación"[16]. Por supuesto: pues ponderación es precisamente el nombre de la operación destinada a determinar el peso relativo, en relación con las propiedades de un cierto caso, de diversos principios en concurrencia. Pero, a partir de ahí, y sin más base que la expuesta, Alexy se limita a enunciar aquello que, al constituir el objeto de la controversia, debería demostrar: "Hay que tener en cuenta que los objetos de la ponderación sólo pueden reconstruirse de manera racional como principios entendidos en el sentido de la tesis de la optimización. […] En cuanto principios, en el sentido de mandatos de optimización, éstos pueden cumplirse de manera gradual"[17]. De manera que, si resumimos lo dicho por Alexy, resulta: 1) que éste acepta que, de acuerdo con nuestra reconstrucción, de los principios se derivan mandatos definitivos que sólo pueden cumplirse o incumplirse, sin posibilidad de gradualidad en el cumplimiento; 2) pero afirma que ésta es una tesis trivial; 3) y es trivial, a juicio de Alexy, porque depende de una cláusula no hace otra cosa sino indicar que de los principios sólo se derivan deberes concluyentes tras la ponderación; y 4) sin argumentos adicionales, afirma que para reconstruir adecuadamente los objetos de la ponderación hay que aceptar la tesis de los mandatos de optimización y de la posibilidad de cumplimiento gradual. Pero esta es precisamente la cuestión bajo disputa y, por ello, la argumentación de Alexy parece contener una petición de principio.

3. Los malos ejemplos de Atienza y Alexy

En el número 24 de *Doxa* se publicó una entrevista a Robert Alexy realizada por Manuel Atienza, que resulta de un interés notable en relación con diversos aspectos del pensamiento de Alexy. Su examen habrá de limitarse aquí, sin embargo, a las cuestiones de teoría de los principios respecto de las cuales se produce la divergencia entre las posiciones de Alexy y las que sostuvimos conjuntamente Atienza y yo mismo. A este respecto, Atienza introduce una pregunta en la que alude a algunos rasgos de la teoría de los principios defendida por nosotros, y especialmente a las tesis de la prioridad de los principios en sentido estricto sobre las directrices y del cumplimiento pleno,

---

[15] *Ibid.,* pp. 120-1.

[16] *Ibid.,* p. 122.

[17] *Ibid.,* p. 122.

sin posibilidad de gradualidad, exigido por los primeros. Y, en este sentido, escribe: "la aplicación de las directrices (por ejemplo, la preservación del medio) supone un aspecto de gradualidad que parecería raro predicar de otro tipo de principios (la dignidad humana no parece ser una cuestión de más o menos)"[18]. Este señalar a la dignidad humana como ejemplo de principio en sentido estricto y, como tal, no susceptible de modalidades graduables de cumplimiento, resulta, en mi opinión, desafortunado porque la dignidad humana se halla en un nivel justificativo superior al de los casos centrales de principios jurídicos en sentido estricto y ello hace que sus exigencias operen de distinta manera a como operan los que consideramos como casos centrales de principios. Me refiero a lo siguiente: el principio de dignidad humana no está sujeto a ponderación en virtud de la cual pueda verse desplazado, en el caso que se considere, por algún otro principio concurrente. El deber de tratar a cualquiera de acuerdo con su dignidad humana es así, no sólo un deber de cumplimiento no graduable –como indica, en mi opinión con toda razón, Atienza– sino también un deber que resulta concluyente sin necesidad de ponderación, esto es un deber no sujeto a excepciones. Dicho de otra forma: en los casos centrales de lo que llamamos principios jurídicos en sentido estricto –como, por ejemplo, el principio de prohibición de discriminación entre personas por su diferente adscripción religiosa, al que se aludía antes, o el principio de respeto a la libertad de expresión– estos contienen un deber *prima facie* que sólo deviene deber concluyente tras haber determinado, por medio de la ponderación, que ese principio no se ve desplazado, en el caso de que se trate, por otro principio que tenga, en relación con ese caso, un mayor peso. Y es por ello por lo que resulta completamente natural hablar de casos justificados de discriminación a quienes sostienen ciertas creencias religiosas o de casos justificados de interferencia en la libertad de expresión (porque en ellos prevalezca la protección del honor, o de la intimidad, etc.). Pero no ocurre lo mismo con la dignidad humana: la expresión "trato justificado no acorde con la dignidad humana" es una expresión autocontradictoria; las exigencias de la dignidad humana no se ponderan ni ceden en ningún caso frente a otras exigencias que resulten concurrentes. El deber de respeto a la dignidad humana es, así, absoluto.

Esto es lo que explica que, en su respuesta, Alexy pueda impugnar, a mi juicio con razón, la pertinencia del ejemplo del principio de la dignidad humana en relación con los problemas que plantean los casos centrales de principios. Escribe así: "La dignidad humana tiene, como todos los derechos que están tanto en la bóveda como en el fundamento del edificio, una estructura distinta a la de los otros derechos fundamentales. En los derechos

[18] M. Atienza: "Entrevista a Robert Alexy", *cit.,* pp. 676-7.

fundamentales normales una intromisión no significa todavía una lesión. Una intromisión se convierte en una lesión cuando no está justificada. La dignidad humana carece de esa estructura de intromisión/límites. En ese sentido tiene un carácter de regla. Toda intromisión en la dignidad humana significa su lesión"[19].

Pero si Alexy parece tener razón en que el principio de dignidad no es, por las razones expuestas, un buen ejemplo de principio, el ejemplo del que él se sirve para combatir la tesis según la cual los principios en sentido estricto prevalecen siempre frente a las directrices –el derecho de propiedad– tampoco es un ejemplo adecuado; y no lo es porque se basa, a mi juicio, en una asimilación apresurada, y por ello, no justificada, entre principios en sentido estricto y derechos individuales. En efecto, Alexy parece suponer que nuestra distinción entre principios en sentido estricto y directrices o normas programáticas es completamente coextensiva con la distinción "entre principios que tienen como objeto derechos individuales y principios cuyo objeto son bienes colectivos"[20]. Y esto no es así, por la razón de que la adscripción de derechos individuales es una técnica que puede emplearse tanto como plasmación de principios en sentido estricto como en cuanto instrumento para el logro de objetivos colectivos (o para alguna combinación de ambas cosas)[21]. De forma que, de entre los derechos individuales debemos distinguir entre derechos que corresponden a principios en sentido estricto (que serían, en nuestra concepción, derechos provistos de justificaciones últimas), derechos que se configuran para contribuir a implementar directrices (que, para esta concepción, serían derechos provistos de justificaciones utilitarias) y derechos que en parte corresponden a principios en sentido estricto y en parte se orientan a implementar directrices (que serían derechos provistos de justificaciones mixtas).[22]Corresponden a principios en sentido estricto (o, lo que es lo mismo, están provistos de justificaciones últimas) aquellos derechos que se orientan a la protección de bienes o intereses que se consideran dignos de igual protección para todos y cada uno de los seres

[19] "Entrevista a Robert Alexy", *cit.,* p. 678.

[20] "Entrevista a Robert Alexy", *cit.,* p. 677.

[21] En sentido similar a lo aquí sostenido, sin embargo, y en contraste con lo que en esta entrevista manifiesta, véase R. Alexy: "Individual Rights and Collective Goods", en donde éste, de forma enteramente correcta en mi opinión, escribe que "detrás de un derecho individual puede existir un haz de razones muy diferentes y diferentes derechos pueden apoyarse en razones muy diferentes […]Es posible considerar como razones para los derechos no sólo bienes individuales tales como los intereses de los titulares de los derechos de que se trate o su libre voluntad, sino también bienes colectivos" (R. Alexy: "Individual Rights and Collective Goods, en C. S. Nino –ed.– *Rights*, Darmouth, Aldershot, 1992, p.164).

[22] Sigo aquí lo expuesto por M. Atienza y yo mismo en *Ilícitos atípicos*, *cit.,* pp. 49 ss.

humanos. Se trata de derechos que se adscriben universalmente, esto es, derechos de los que son titulares todos y cada uno de los individuos y en los que los bienes o intereses que se trata de proteger o promover son bienes o intereses del propio titular del derecho. Un ejemplo de este tipo de derechos sería el derecho de todos a no ser "sometidos a torturas ni a penas o tratos inhumanos o degradantes" (art. 15 CE). Corresponden, por el contrario, a directrices (o, lo que es lo mismo, están provistos de justificaciones utilitarias) aquellos derechos que se orientan a la protección o promoción de bienes o intereses colectivos, de bienes o intereses distintos, pues, de los del propio titular del derecho. Un ejemplo de derecho de este tipo es el derecho "a la cláusula de conciencia y al secreto profesional" de que gozan, de acuerdo con el art. 20.1 CE, los individuos de una cierta clase, los periodistas. La justificación de estos derechos se halla en que ellos sirven para maximizar un bien colectivo y público, el de la información públicamente disponible. Como ha escrito Francisco Laporta, es para "incentivar el fluido de información en una sociedad deliberante" para lo que se protegen mediante el secreto las fuentes de la información; algo análogo ocurre con la cláusula de conciencia: con ella no se trata de proteger la conciencia del periodista –que no se considera que tenga, como tal, un valor superior a la conciencia de un empleado de pajarería, trabajador de la construcción o profesor de universidad– sino el evitar, dicho de nuevo con palabras de Laporta, que "algunas informaciones u opiniones sobre aspectos de la realidad, cuyo vehículo es un informador o grupo de informadores, dejen de acceder al ámbito del discurso público como consecuencia de un condicionamiento económico de carácter personal"[23].

Por lo que se refiere al derecho de propiedad éste es, claramente, el caso paradigmático de derecho provisto de una justificación mixta. Pues resulta claro que en la configuración de ese derecho intervienen tanto consideraciones de principio o justificaciones últimas –consideraciones que exigen que ese derecho se adscriba universalmente– como consideraciones en términos de directrices –consideraciones que posibilitan una distribución desigualitaria de ese derecho. La justificación en términos últimos o de principio del derecho de propiedad se halla en la conexión entre ese derecho y la autonomía personal: un cierto *quantum* de propiedad –esto es, de control individual de recursos– es condición necesaria para la elección y materialización de cualesquiera planes de vida. Lo que esta justificación de principio de la propiedad exige es meramente la adscripción a todos y cada uno del control individual sobre el *quantum* de recursos necesarios

[23] F. J. Laporta: "El derecho a informar y sus enemigos", en *Claves de Razón Práctica,* nº 72, 1997, pp. 16-7.

para poder llevar a cabo una existencia autónoma. Pero en la configuración concreta del derecho de propiedad (esto es, en el sistema de reglas en que consiste esa configuración) cuentan, además de esta razón de principio, razones de directriz –justificaciones utilitarias–, que pueden incidir a la hora de diseñar esa configuración concreta de forma que resulte funcional para muy diversos objetivos colectivos. Entre ellos, cabe mencionar, de un lado, la maximización de la riqueza social, que explica que la configuración de la propiedad privada sea más amplia (en cuanto a los bienes susceptibles de devenir propiedad privada de alguien, en cuanto a las facultades del propietario –por ejemplo, por lo que hace a la transmisibilidad hereditaria– y en cuanto a la posibilidad de acumulación de propiedad) de lo que exigiría la mera razón de la autonomía. Y, de otro, un amplio listado de objetivos heterogéneos (como, por limitarnos a algunos que aparecen mencionados en una Constitución como la española, el logro de una distribución de la renta personal y regional más equitativa, la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, el acceso al trabajo, la conservación del patrimonio histórico, cultural y artístico, el acceso a una vivienda digna y adecuada, la protección de los consumidores y usuarios, la protección de la familia, etc.) que pueden operar como razones para acotar de una u otra manera –en muchas ocasiones, según la naturaleza de los bienes– el alcance de las posiciones normativas que las reglas configuradoras de la propiedad asignan al propietario.

Alexy, como he indicado antes, asimila, de un lado, principios en sentido estricto con "principios que tienen como objeto derechos individuales" y, de otro, directrices con "principios cuyo objeto son bienes colectivos". Y, en relación con el derecho de propiedad, presenta las cosas como si el derecho de propiedad fuera el correlato de un principio en sentido estricto, de forma que las limitaciones del derecho de propiedad (en atención, por ejemplo, a la protección del medio) aparecen como otros tantos triunfos de directrices frente a ese principio en sentido estricto. De esta forma, no habría diferencia entre las colisiones entre principios en sentido estricto y las colisiones entre principios y directrices y resultaría falsa nuestra tesis de la prioridad de los principios en sentido estricto sobre las directrices. Escribe, así, que "el fundamento jurídico para una intromisión tiene que ser tanto más fuerte, cuanto más intensa sea la intromisión. Esto vale tanto para la colisión entre derechos individuales, como para la colisión entre derechos individuales y bienes colectivos. Para justificar una débil intromisión en la propiedad basta con que por medio de ella se produzca una mejora del medio ambiente relativamente poco importante. Una intromisión muy grave en la propiedad, por el contrario, sólo es lícita si es de una gran importancia para la protección

del medio"[24]. Pero, tal como hemos visto, en derechos como el de propiedad la persecución de bienes colectivos no opera como límite de un derecho que, en cuanto tal, apareciera como ilimitado, sino como fundamento justificativo de la propia configuración del derecho. De forma que el que la propiedad privada no sea un derecho ilimitado no muestra que, en ocasiones, haya directrices que prevalezcan sobre principios en sentido estricto, sino que principios en sentido estricto y directrices inciden sobre la configuración en forma de reglas del derecho de propiedad. Los primeros –el principio de autonomía– exigiendo que en relación con un cierto quantum de bienes sea accesible a todos un haz de posiciones normativas que sea recognoscible como lo que tradicionalmente se ha llamado propiedad privada; las segundas –prácticamente todas las directrices– contribuyendo a diseñar el sistema de reglas constitutivo de ese haz de posiciones normativas de forma que resulte funcional para el logro de los más diversos objetivos colectivos.

4. Dos sentidos de gradualidad

En el número 27 de *Doxa* se publicó el trabajo de Gloria Lopera "Los derechos fundamentales como mandatos de optimización", uno de los trabajos más penetrantes sobre teoría de los principios que he podido leer en los últimos años. No voy a entrar aquí en sus diversos meandros, llenos todos ellos de sugerencias que, cuanto menos, resultan dignas de ser discutidas, sino solamente en la manera en cómo presenta la tesis de Alexy de los principios como mandatos de optimización. De acuerdo con Lopera, esta tesis de Alexy puede –debe– entenderse de acuerdo con una distinción que hace que la crítica a la que la sometimos Atienza y yo mismo resulte completamente irrelevante. Pues, escribe Lopera, la idea

> "de los principios como mandatos de optimización, normas que ordenan que algo se realice *'en la mayor medida posible'* [...] puede ser entendida en dos sentidos: 1) como *intensidad* de la aplicación: predicable en el caso de aquellas normas que admiten un cumplimiento gradual o aproximativo (en una escala de 0 a 100%) como sucede con la mayoría de los principios que prescriben la obtención de un *estado de cosas* (las directrices, en el lenguaje de Atienza y Ruiz Manero): garantizar un medio ambiente sano, el acceso a una vivienda digna, la protección de los consumidores, etc.; 2) como *frecuencia* de la aplicación. Tal es el sentido que adquiere la exigencia de cumplimiento 'en la mayor medida posible' respecto de aquellos principios cuyo objeto no admite una realización aproximativa ('no matar', 'no discriminar'), caso en el cual la exigencia que incorpora el mandato de optimización es una exigencia de cumplimiento 'en el mayor número de ocasiones posible'. En este sentido cabe entender la graduabilidad incorporada a la noción de mandato de optimización en el caso de aquellos

[24] "Entrevista a Robert Alexy", *cit*., pp. 677-8.

principios que prescriben la realización de *acciones*. De este modo –concluye Lopera–, la caracterización de los principios como mandatos de optimización sería predicable tanto de las directrices (prescriben estados de cosas) como de los principios en sentido estricto (prescriben acciones)".

Realmente, no parece haber nada que objetar, desde nuestra perspectiva, a lo sostenido por Lopera. Y ello porque lo que hace Lopera es completar la teoría de los principios de Alexy con la distinción entre principios en sentido estricto y directrices en los términos en los que nosotros la trazamos, de forma que la tesis del mandato de optimización se entienda de forma que resulte compatible con nuestra tesis del cumplimiento pleno en el caso de los principios en sentido estricto y graduable en el caso de las directrices. Queda así aceptado que principios en sentido estricto y directrices son tipos diferentes de principios que tienen una estructura diferente y que guían la conducta de forma asimismo diferente. Queda, pues, aceptado, lo esencial de las tesis que Atienza y yo oponíamos a la concepción de Alexy. Queda tan sólo, en relación con la integridad de nuestras tesis, la conexión de los principios en sentido estricto con valores últimos y de las directrices con valores utilitarios, por un lado, y por otro, la tesis según la cual los principios en sentido estricto prevalecen en todo caso definitivamente sobre las directrices (y no tienen sólo una mera prevalencia *prima facie*). Pero de estas cuestiones me ocuparé a propósito de las cuestiones planteadas en el texto de Aguiló.

5. Tres preguntas no inocentes

5.1. Relaciones conceptuales y relaciones causales; principios en sentido estricto y directrices.

Aunque Aguiló titula su texto "Tres preguntas sobre principios y directrices", de hecho pone en cuestión bastante más de tres aspectos parciales de lo sostenido al respecto por Atienza y yo. El primer punto a que hace referencia críticamente Aguiló es el de la distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales entre estados de cosas y acciones. Debo decir que, en este punto, Atienza y yo no hicimos otra cosa que seguir estrictamente a von Wright. La distinción entre relaciones conceptuales y causales entre acciones y estados de cosas corresponde exactamente a la que media entre resultado y consecuencia de las acciones. El resultado de una acción guarda con esa acción, dice von Wright, una relación intrínseca o conceptual, mientras que las consecuencias de una acción guardan con esa acción una relación causal[25]. Dicho de otra forma: si alguien afirma que se

[25] G.H. von Wright: *Norma y acción, cit.,* pp. 56-7: "[…] el nexo entre el acto y su resultado es intrínseco. El acto no puede verdaderamente ser descrito como un acto de la categoría en cuestión, a menos que efectúe un cambio o termine en un estado de cosas de la especie en

ha realizado una acción, pero que no se ha producido su resultado, incurre en un error analítico o conceptual: su proposición es autocontradictoria; por el contrario, las proposiciones que afirman que se han seguido tales o cuales consecuencias de una acción, al aludir a nexos causales, son verdaderas o falsas empíricamente. Por ejemplo, si afirmamos que Juan ha matado a Pedro, pero que Pedro no ha resultado muerto emitimos un enunciado autocontradictorio, que resulta falso en virtud del significado de sus términos; si afirmamos que, como consecuencia de la realización de esa acción, la viuda de Pedro está muy afligida, o muy alegre, emitimos un enunciado que resultará verdadero o falso según sea, en efecto, el estado de ánimo de la viuda de Pedro. Pero supongamos que, en efecto, la viuda de Pedro está afligida: en tal caso, podemos afirmar con verdad que matar a Pedro ha sido un medio para entristecer a su esposa (tras la realización de la acción, viuda) pero nunca que matar a Pedro sea una "forma" de entristecer a su esposa, si es que, como es usual en la literatura al respecto, el término "forma" lo reservamos para relaciones conceptuales y no causales. Esto es, "matar con veneno" y "matar con puñal" son, en efecto, "formas" de matar; pero "suministrar veneno" o "apuñalar" no son "formas" de matar, sino, en su caso, meros "medios" para ello: la proposición "Juan mató con veneno [o con puñal] a Pedro, pero Pedro no resultó muerto" es autocontradictoria, pero la proposición "Juan suministró veneno [o apuñaló] a Pedro, pero Pedro no resultó muerto" es sólo empíricamente verdadera, o falsa. Es por ello por lo que Aguiló no tiene razón cuando escribe que

> "tanto en el caso de la directriz como en el de los principios la relaciones entre acciones y estado de cosas es primero causal y como consecuencia de ello también conceptual. En el caso de la directriz, la relación entre la acción que se realiza (por ejemplo, imponer las pruebas de detección del virus [del SIDA]) y el estado de cosas ordenado o debido (que la salud de los ciudadanos esté protegida) tiene que ser causal. La acción tiene que ser un medio para el fin. Una vea afirmada esta relación causal, podemos establecer una relación conceptual entre la acción de imponer las pruebas de detección del virus (la acción) y la

---

cuestión, que llamaremos su resultado. Un acto no puede verdaderamente ser llamado un acto de abrir la ventana, a menos que termine (resulte) en que la ventana esté abierta –por lo menos durante un corto tiempo– […] Cuando el mundo cambia en un determinado respecto puede suceder que, por virtud de la llamada necesidad causal o natural, también llegue a transformarse en otro determinado respecto. Entonces decimos que la segunda transformación es una *consecuencia* de la primera. Si la primera transformación se efectúa a través de una acción, es el resultado de un acto; entonces la segunda es una consecuencia de la acción, una consecuencia de ese acto […] Que una determinada transformación sea causa de que otra determinada transformación tenga lugar o no, normalmente dependerá de la presencia o ausencia de un cierto número de otras características del mundo, además de los estados asociados con las dos transformaciones mismas […] A diferencia de la relación entre un acto y su resultado, la relación entre un acto y sus consecuencias es *extrínseca* (causal)".

> protección de la salud de los ciudadanos (el estado de cosas) y, en consecuencia, afirmar que imponer las pruebas de detección del virus es una 'forma' (junto con otras posibles) de proteger la salud […]. Me parece que la cosa no es distinta en el caso de los principios en sentido estricto (o en las normas de acción en general). Sólo una vez que hemos determinado la relación causal, admitimos la relación conceptual entre lo que se hace y el estado de cosas debido […]. Empecemos con un ejemplo sencillo. Si tomamos la prohibición de matar como ejemplo de norma de acción, entonces todas aquellas acciones que causalmente provocan el resultado muerte, en efecto las consideramos 'formas de matar': disparar, apuñalar, envenenar, etc. las consideramos formas de matar. Pero lo importante es que las consideramos así porque afirmamos la relación causal"

Pues bien: no. Cuando afirmamos la existencia de una relación causal entre una cierta acción y un cierto estado de cosas, afirmamos sólo eso: la existencia de una relación causal. A partir de ahí, como hemos visto, no podemos afirmar legítimamente la existencia de relación conceptual alguna. "Disparar", "apuñalar", "envenenar" no son "formas" de matar porque ninguna de esas acciones implica conceptualmente el resultado "muerte".

Todo esto no tiene más importancia que la de aclarar la distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales entre acciones y estados de cosas que Aguiló ha entendido, en mi opinión, de forma inadecuada. En todo caso, la distinción, entendida como se acaba de presentar, era vinculada por Atienza y yo a la distinción entre principios en sentido estricto y directrices, en el sentido de que, en el caso de los principios en sentido estricto, la relación relevante entre acciones y estados de cosas es la relación analítica o conceptual, mientras que, en el caso de las directrices, la relación relevante es la causal. Ilustremos esto con un par de ejemplos. Pensemos, como ejemplo de principio en sentido estricto, en el principio de libertad de expresión del art. 20 a) CE, contemplado como principio que ordena, *prima facie*, abstenerse de interferir en la expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones[26]. La pregunta relevante en relación con la acción es aquí la de ¿en qué consiste "interferir"? Y una buena respuesta podría ser, de entrada, que "interferir" consiste en impedir, en prohibir o en sancionar actos de expresión o difusión de pensamientos, ideas u opiniones. "Impedir", "prohibir" o "sancionar" son formas de interferir, no medios para la interferencia: "impedir", "prohibir" o "sancionar" implican conceptualmente "interferir"; aquí no hay ninguna relación causal involucrada. Las cosas son distintas si pasamos a las directrices. Pensemos como

[26] Sobre que las libertades constitucionales implican prohibiciones de interferencia, pero no pueden reducirse a ellas, véase el apéndice al capítulo 3 de *Las Piezas* y también M. Atienza y J. Ruiz Manero: "Permissions, Principles and Rights. A Paper on Statements Expressing Constitutional Liberties, en *Ratio Iuris*, vol 9, nº 3, 1996.

ejemplo en el deber de los poderes públicos de "promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas" y, a los fines de paralelismo en el ejemplo, entendámoslo como referido a la libertad de expresión. Aquí, desde luego, cabe como relevante la pregunta de ¿en qué consiste que la libertad de expresión sea real y efectiva? Y la respuesta puede ser que ello consiste en que todos los individuos y grupos puedan (en el sentido de capacidad y no meramente en el de permisión) efectivamente ejercer la libertad de expresión. Pero, junto con esa pregunta, surge otra pregunta relevante, la pregunta de ¿cómo se puede lograr ese estado de cosas en el que todos los individuos y grupos pueden efectivamente ejercer la libertad de expresión? Y aquí las respuestas aluden ya a acciones muy heterogéneas que se consideran o no medios idóneos para ello: por ejemplo, y por no alargar excesivamente el listado, adoptar medidas que contribuyan a incrementar el nivel cultural de la población (o de los segmentos con menor nivel educativo); facilitar el acceso a la propiedad de periódicos o de emisoras de radio a asociaciones representativas de grupos numerosos cuya ubicación social sea más bien subalterna (como sindicatos, asociaciones vecinales, juveniles, de mujeres o de minorías étnicas, etc.), utilizar el sistema escolar para inculcar en los jóvenes el hábito de leer periódicos y discutir pertinentemente lo que leen, y un sinnúmero de acciones más que podamos imaginar. Todas estas acciones son, en su caso, medios de lograr el estado de cosas ordenado, mantienen con él una relación causal y no conceptual: no hay nada conceptualmente incorrecto en decir que se realizó alguna (o varias) de estas acciones y, sin embargo, no se logró el estado de cosas pretendido, o se logró en una medida muy pequeña (o muy grande, o extraordinaria, etc.). Y, de otro lado, que estas acciones u otras que pudieran imaginarse sean, efectivamente, medios idóneos para hacer real y efectiva la libertad de expresión es, con seguridad, asunto altamente controvertible, como, aun aceptando que lo sean, es también altamente controvertible que deban emplearse precisamente estas medidas y no otras (de las que pueda pensarse que son más eficaces o de menor coste). Y es que, en efecto, la concreción de fines y de sus medios de realización que el cumplimiento de directrices entraña implica necesariamente, de un lado, una cierta priorización (desde luego, no lexicográfica) de los diversos fines ordenados (priorización que no se desprende del propio sistema jurídico y a la que, por ello, podrían oponerse otras priorizaciones asimismo admisibles) y de otro, juicios sobre relaciones medio-fin (cuya verdad no viene determinada por el sistema jurídico y a los que, por ello, podrían oponerse en la mayor parte de las ocasiones, otros juicios sobre tales relaciones igualmente plausibles

e incompatibles con los anteriores)[27]. De ahí que el establecimiento de estas priorizaciones y la asunción de estos juicios sobre relaciones medio-fin sea asunto centralmente encomendado a los órganos de deliberación y decisión democráticamente legitimados.

Pero, en todo caso, la distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales entre acciones y estados de cosas no es, como sugiere Aguiló, "ideológica" ni tiene como función el llevar a cabo ninguna "ocultación" sino que, bien al contrario y adecuadamente entendida, arroja, creo, una luz importante sobre dos maneras distintas que tienen las normas de guiar la conducta, posibilita entender por qué la aplicación de directrices supone discrecionalidad y la de principios en sentido estricto no la supone y también por qué, en materia de directrices, la función de los tribunales no va, en los casos centrales, más allá de controlar que los órganos democráticamente legitimados no han desbordado los márgenes de esa discrecionalidad.

Sin embargo, si Aguiló impugna la distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales entre acciones y estados de cosas es, básicamente, para prepararse el terreno para atacar la tesis, defendida en *Las Piezas,* según la cual los principios en sentido estricto prevalecen siempre sobre las directrices: "en mi opinión –escribe– la insistencia en la relación conceptual […] frente a la causal es en el mejor de los casos una necesidad interna de la propia teoría para poder seguir sosteniendo que los principios en sentido estricto prevalecen siempre sobre las directrices". He argumentado hasta ahora por qué esa distinción entre relaciones conceptuales y relaciones causales es, a mi juicio, clarificadora, pero de lo que se trata ahora es de abordar la crítica de Aguiló a la tesis de la prevalencia de principios sobre directrices. Aguiló pone en cuestión dicha tesis con la ayuda de una argumentación que podríamos llamar "de sentido común", de forma que, después de haber acompañado a Aguiló en su argumentación, uno puede quedarse con la impresión de que sólo un fanático principialista, por completo insensible a los costes, podría seguir sosteniendo dicha prevalencia. Veámoslo. Aguiló empieza por relatar la respuesta que, en una conferencia a la que asistió, daba la conferenciante a la cuestión de si cabe, en nuestro Derecho, establecer la obligatoriedad de las pruebas de detección del virus del sida. La conferenciante, nos dice, admitía que establecer dicha obligatoriedad podría ser muy eficaz para la protección de la salud (fin cuya persecución viene ordenada por el art. 43 CE), pero sostenía que el establecimiento de dicha obligatoriedad estaba excluido en nuestro Derecho "porque entraba en contradicción con los principios/derechos a la dignidad (art. 10), a la integridad física y moral (art. 15) y a la intimidad personal (derecho a excluir a los

[27] Véase *Las piezas,* 2ª edición, *cit.,* pp. 37-38.

demás del conocimiento de aspectos de la propia persona) (art. 18)". De ahí, sigue relatando Aguiló, la conferenciante "concluía que conforme a nuestro ordenamiento las pruebas de detección del sida siempre deben ser voluntarias y requieren consentimiento libre […] las pruebas de detección del virus no pueden imponerse a los pacientes ni a los profesionales sanitarios". A partir de aquí, Aguiló propone un "imaginemos que" que concluye en la descalificación de nuestra teoría, por cuanto, de acuerdo con su relato, ésta desembocaría, o bien en consecuencias fanáticas que nadie razonable estaría dispuesto a suscribir, bien en una construcción cuya artificiosidad salta a la vista y que no tendría más finalidad que tratar de salvar la teoría eludiendo al tiempo la carga del fanatismo. Permítaseme en este punto citar a Aguiló con cierta extensión:

> "Imaginemos por un momento que la evolución de la infección fuera muy negativa y que, en consecuencia, el nivel de contagios se disparara; es decir, imaginemos que empieza a generarse la urgencia de proceder a un control más efectivo de la enfermedad. Imaginemos también que se produce un avance tal en las técnicas de detección de la enfermedad que permite que en lugar de tener que extraer, por ejemplo, 5 ml de sangre fuera suficiente una gota de la yema de un dedo. Y finalmente supongamos que dados todos estos cambios pensásemos que el control de la enfermedad bien merece este 'pequeño' sacrificio. ¿Cuál sería la forma correcta de describir dicho cambio en relación con el derecho a la integridad física de las personas? Una primera alternativa consiste en decir que mientras que extraer 5 ml de sangre atenta contra la integridad física de las personas (es una forma de lesionar la integridad física), la extracción de una gota de sangre, no. Esta sería la forma de describir el cambio que se sigue de la presentación de Atienza y Ruiz Manero. La evolución de la infección no sería relevante, porque la protección de la salud (valor utilitario) no puede balancearse (sopesarse) con la integridad física (valor último). El cambio relevante tiene que ver sólo con la modificación de las técnicas de detección de la enfermedad. Otra descripción posible consiste en balancear el estado de la evolución de la infección con los diferentes costes que para la integridad física de las personas tienen las diferentes pruebas de detección de la enfermedad. Así, dado el diferente coste que para la integridad física tienen las diferentes pruebas, justificar unas y no otras dado un cierto estado de evolución de la enfermedad".

De acuerdo, pues, con Aguiló, la eventual obligatoriedad de las pruebas de detección del sida entraría en contradicción con los principios/derechos a la dignidad, a la integridad física y a la intimidad. Como nosotros sostenemos la prevalencia de los principios en sentido estricto sobre las directrices, en el caso de que se dispararan las cifras de contagio de esta enfermedad, nos veríamos obligados a escoger una de estas dos alternativas: o bien seguir afirmando que, sean cuales sean los costes, la obligatoriedad de las pruebas de detección de la enfermedad debe considerarse prohibida en nuestro Derecho por entrar en contradicción con principios del mismo o bien, utilizando el resquicio de que ha habido un avance en las técnicas

de detección, afirmar que, mientras que la extracción de 5 ml de sangre sí atenta contra estos principios (y en concreto contra la integridad física), la extracción de una sola gota de sangre no lo hace. Esta última tesis –de la que Aguiló afirma que, como forma de describir el cambio, "se sigue de la presentación de Atienza y Ruiz Manero"– en mi opinión es altamente artificiosa y, desde luego, no la hago mía en modo alguno. Por qué diablos piensa Aguiló que "se sigue" de lo que hemos sostenido Atienza y yo es para mí un completo misterio. Y, desde luego, si nuestra teoría tuviera que incurrir en artificiosidades de este tipo para evitar la conclusión fanática de que nunca, sean cuales sean las circunstancias, puede considerarse justificada en nuestro Derecho la imposición obligatoria de pruebas de detección del sida, si fueran así las cosas, digo, nuestra teoría debería, desde luego, ser inmediatamente abandonada. Pero las cosas no son, naturalmente, así. Y ello porque lo que, en mi opinión, debe rechazarse es el punto de partida que Aguiló nos atribuye sin vacilar, a saber, que hay razones de principio que vedarían, en todo caso, la imposición de la obligatoriedad de las pruebas de detección del sida. Estas razones de principio se referirían, según dice Aguiló al inicio de su exposición del asunto, a la dignidad, a la integridad física y a la intimidad. De la dignidad, en todo caso, no vuelve a hablar posteriormente y dado que se suele considerar que el derecho a la intimidad constituye una concreción de exigencias derivadas de la dignidad, me referiré únicamente al derecho a la integridad física y al derecho a la intimidad como posibles razones de principio en contra del establecimiento de la obligatoriedad de las pruebas de detección del sida. Y lo primero que hay que decir a este respecto es que Aguiló no ofrece una sola razón por la que haya que considerar a los derechos a la integridad física y a la intimidad como constitutivos de razones de principio en contra de tal posibilidad. Empecemos por el derecho a la integridad física: sólo se me ocurre como explicación para considerar que el derecho a la integridad física impide la obligatoriedad de pruebas que requieran de extracciones de sangre (sea la cantidad de ésta 5 ml o una gota) un entendimiento radicalmente literal de lo que significa "integridad física", de forma que se pasa de la consideración usual de que el derecho a la integridad física prohíbe privar a una persona contra su voluntad de órganos o miembros de su cuerpo (lo que tiene relevancia, por ejemplo, para la ética de los trasplantes), a considerar que tal derecho prohíbe privar a una persona contra su voluntad de cualquier elemento de su cuerpo, por ejemplo, de 5 ml de su sangre, privación de la que no se deriva ningún cambio perceptible en la vida ulterior de la persona. Pero este entendimiento radicalmente literal de lo que significa "integridad física" vuelve imposible, a mi juicio, integrar el "derecho a la integridad física", así entendido, en alguna construcción justificativa acep-

table. En cualquier construcción de este género, me parece, el alcance del derecho a la integridad física ha de depender de las razones que respaldan a ese derecho. Y no se ven razones para un derecho –que, como derecho fundamental, implica la acotación de un espacio de indisponibilidad para el legislador–, que proteja frente a la privación de cualquier elemento corporal (¿también de la fracción del cabello o de las uñas que solemos cortar?) aun si éste resulta irrelevante para la vida ulterior de la persona. Si hay razones de principio en contra de la obligatoriedad de las analíticas de sangre, éstas no se encuentran, pues, de ningún modo, me parece, en el derecho a la integridad física.

El derecho a la intimidad parece constituir, de entrada, un mejor candidato. Pues aquí se trata de vedar al conocimiento público ciertos aspectos de la vida y la personalidad de cada cual. El problema aquí es el del alcance del derecho: ¿qué aspectos de la vida y de la personalidad de cada uno pueden sustraerse legítimamente en todo caso a las pesquisas de los demás? Es obvio que no puede tratarse de aquellos aspectos que cada uno decida: hay datos que hemos de proporcionar. Por ejemplo, nuestro nivel de estudios o nuestra profesión son datos que somos requeridos a manifestar con relativa frecuencia, así como –por seguir con los ejemplos– el nombre de nuestro cónyuge. Tenemos derecho a no proporcionar a nuestros conciudadanos información sobre nuestros ingresos, pero tenemos el deber de proporcionar esa información a las autoridades fiscales, etc., etc. ¿Qué ocurre con los datos relativos a nuestra salud? No estoy en condiciones de diseñar aquí ni siquiera un esbozo de una teoría acerca del alcance de la intimidad en el terreno de la salud, pero sí de decir algunas cosas. La primera es que la determinación del alcance de ese derecho depende también, como no puede ser de otro modo, de cuáles sean las razones que justifican el mismo. Y parece que esas razones tienen que ver con la dignidad y con la autonomía. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la intimidad implica "la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana" (STC 231/1988, de 2 de diciembre) y asimismo que "la intimidad personal y familiar es un bien […] sin el cual no es realizable, ni concebible siquiera, la existencia en dignidad que a todos quiere asegurar la norma fundamental". Y Carlos Nino ha indicado que el valor de la intimidad tiene que ver "con la necesidad de que los demás no adquieran un poder indebido sobre nuestra persona, de que nos sometan a situaciones de murmuración, burla y ridiculización, dada la intolerancia que a veces se tiene sobre otros hábitos de vida o rasgos de la personalidad, y el respeto a la libertad de cada uno de elegir

su forma de vida"[28]. Del mismo modo que parece claro que estas razones exigen que se impida un acceso indiscriminado por parte de cualquiera a nuestro historial médico sin nuestro consentimiento, no veo para nada claro que exijan que, en situaciones de pandemia, no se nos pueda practicar una determinada analítica sin contar asimismo con nuestro previo consentimiento. Aguiló tendría que convencerme –esgrimiendo razones que en su texto ni siquiera esboza– de que la obligatoriedad de una prueba analítica es en todo caso lesiva de nuestra dignidad o proporciona a los demás un poder indebido sobre nuestra persona.

5.2. Valores últimos y valores utilitarios, principios y directrices

Quisiera ahora responder, para acabar, a los siguientes interrogantes de Aguiló relativos a las relaciones entre estos dos tipos de valores y estos dos tipos de normas:

> "¿No os parece que establecer una conexión necesaria entre una forma de guiar la conducta o tipo de mandato (principio o directriz) con un tipo de valor (último o utilitario) resulta de una rigidez completamente injustificada? ¿No supone, además, olvidar que las formas de guiar la conducta son instrumentales en relación con los valores o bienes que se trata de proteger o de promocionar? […] si resulta relativamente sencillo encontrar en nuestros ordenamientos ejemplos de normas (enunciados) que en su vertiente directiva se asemejan a directrices pero que protegen valores últimos y, a la inversa, normas que en el aspecto directivo se parecen a los principios en sentido estricto pero que están conectados con valores utilitarios ¿no os parece que la caracterización de la distinción que hacéis puede ser acusada de ideológica en el sentido de que presentáis como cualitativo lo que, en el mejor de los casos, no es más que cuantitativo? Y esta presentación ¿no tiene un sesgo injustificado que hace primar siempre los clásicos derechos de libertad frente a los de igualdad? ¿No pensáis que es más adecuado afirmar que en relación con cualquier valor (sea último o utilitario) pueden extraerse guías para la conducta tanto en el sentido de límite como en el de promoción dependiendo de los estados del mundo?"

Tengo la impresión de que, sin duda en parte por déficits en la presentación que Atienza y yo mismo hicimos del asunto, Aguiló ha entendido de forma algo inapropiada la distinción entre valores últimos (correspondientes a principios en sentido estricto) y valores utilitarios (correspondientes a directrices). Me parece que lo esencial de dicha distinción es lo siguiente: cuando atribuimos valor utilitario a una cierta propiedad (a un cierto bien, para expresarnos con más sencillez) lo que entra en línea de cuenta en nuestros juicios correspondientes es el monto global que de ese bien se haya

[28] C.S. Nino: *Fundamentos de Derecho Constitucional*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 328.

logrado producir, sin atender a los problemas de distribución. Operamos así, desde luego, cuando se trata de bienes públicos, que no son susceptibles de distribución, como un medio ambiente limpio o un patrimonio histórico o artístico adecuadamente conservado. Pero también operamos así en relación con bienes que sí resultan susceptibles de distribución como, por ejemplo, el empleo o el acceso a una vivienda digna y adecuada. Así, juzgaríamos como exitosa una política de empleo que en el lapso, digamos, de una legislatura, lograse reducir la cifra de desempleados del 15%, digamos, al 5% de la población activa, por mucho que este éxito se distribuyera, desde luego, desigualitariamente, pues dicho 5% no se beneficiara de él. E igualmente juzgaríamos como exitosa una política de vivienda que en el mismo lapso temporal lograse eliminar una parte sustancial de las infraviviendas existentes, realojando a sus ocupantes en viviendas dignas, por mucho que un número importante de personas continuase residiendo en infraviviendas. Y también, en algunas ocasiones, operamos así en relación con bienes que, como el respeto a la vida o a la integridad física, entendemos que deben ser adscritos a todos por igual. También en relación con este último tipo de bienes valoramos positivamente políticas que logren disminuir significativamente los casos en que tales bienes son lesionados. Por ejemplo, valoraríamos positivamente una política criminal que, en un cierto lapso, lograra disminuir a la mitad los casos de delitos contra la vida, aun cuando siguieran perdiéndose vidas humanas por delitos de este tipo.

En todos estos casos tratamos al bien de que se trate como portador de un valor utilitario. Obsérvese que puede tratarse (i) de bienes no susceptibles de ser distribuidos, ni igualitaria ni desigualitariamente, como es el caso del medio ambiente limpio; o bien (ii) de bienes susceptibles de ser distribuidos, pero en relación con los cuales el orden jurídico sólo prescribe la maximización y no un determinado modelo distributivo, como es el caso del empleo; o bien (iii) de bienes respecto de los que el orden jurídico prescribe la distribución igualitaria, como es el caso del respeto a la vida.

Cuando atribuimos valor último a un cierto bien, esta atribución implica –en sistemas jurídicos como el nuestro– que dicho bien debe adscribirse por igual a todos y cada uno. Esto es, atribuimos valor último a los bienes que, en la tripartición precedente, ocupan el casillero (iii). Y les atribuimos valor último porque entendemos que el respeto y la protección al disfrute igual de ese bien por todos y cada uno opera como límite a los cursos de acción admisibles para lograr la maximización de bienes de tipo (i), de tipo (ii) o del propio tipo (iii). Aguiló insinúa una orientación ideológica conservadora en nuestra construcción cuando pregunta si ella "no tiene un sesgo injustificado que hace primar siempre los clásicos derechos de libertad frente a los de igualdad". Espero que lo expuesto hasta ahora haya hecho ver al lector

lo infundado de esa atribución. Afirmar la primacía de los principios frente a las directrices lo que implica, bien al contrario, es que todos y cada uno de los seres humanos han de ser tratados como iguales en ciertos respectos importantes y que esta exigencia igualitaria prevalece, imponiendo límites, frente al diseño de políticas maximizadoras de cualquier tipo. Lo que sí implica, desde luego, la afirmación de esta primacía, y el conjunto de nuestra construcción, es la asunción de un cierto individualismo igualitario. Pero tal individualismo igualitario está, a mi juicio, más allá de los sesgos ideológicos "conservadores" o "progresistas" y se sitúa en el terreno común, en la base compartida a la que responden algunas de las líneas maestras de nuestros sistemas jurídicos.

E N T R E V I S T A

ENTREVISTA A MARIO LOSANO

Manuel Atienza
Universidad de Alicante

Manuel Atienza: *En mi biblioteca particular, tus escritos ocupan más de un estante, y es obvio que ahí no está toda tu producción. Pero antes de hablar del contenido de tu obra me gustaría que nos dijeras algo del motor de la misma. O sea, que nos des algunos datos biográficos que expliquen por qué optaste por la teoría y la filosofía del Derecho, a quiénes consideras como tus maestros, etc.*

Mario Losano: Mi generación –la que hoy supera los 65 años– entraba "por casualidad" en la Facultad de Derecho: a la Facultad podía acceder únicamente quien provenía del liceo clásico, y este último no tenía ninguna enseñanza jurídica. Sin embargo, era una óptima escuela, en la cual asistí a cursos que daban óptimos profesores, primero en el Liceo Galvani, en Bolonia, y luego en el Liceo d' Azeglio, en Turín.

Mi familia se trasladó del Piamonte a Bolonia en los años cincuenta y se quedó allí cinco años, antes de volver a Turín. Estoy convencido de que en los años de Bolonia es donde se formó mi vocación por el estudio. Aunque no por el estudio del Derecho: entonces me interesaba más el comportamiento de los animales que el de los hombres y, en la universidad, frecuentaba las reuniones de la asociación de los naturalistas. La pasión por el estudio de las humanidades llegó por otra vía.

Tenía catorce o quince años cuando empecé a estudiar privadamente alemán con Anselmo Turazza, profesor entonces de latín y griego en el liceo y, después, de literatura alemana en la Universidad de Bolonia: una persona de cultura sin límites que había logrado traducir hasta el intraducible Christian Morgenstern. En el liceo Galvani tuve profesores egregios pero hoy, en el recuerdo, su figura domina mi adolescencia boloñesa. En su estudio de la calle Laura Bassi, aquella "hora" de alemán se prolongaba durante tardes enteras, porque del alemán se pasaba al griego o al francés, y la menor duda, por ejemplo, de latín, se resolvía con consultas minuciosas al monumental diccionario de Forcellini. Mi alegría de aprenderlo todo se reflejaba en su alegría de enseñármelo todo, en un flujo recíproco de confianza total que nunca decayó. Baste una anécdota para ilustrarlo. Cuando en enero de 1959 volví a encontrarlo en Bolonia, después de mi traslado a Turín y de haberme

matriculado en Derecho, me regaló *Die Fragmente der Vorsokratiker* de Hermann Diels –un texto muy erudito en griego y en alemán: la doble vía de nuestras incursiones intelectuales– con esta dedicatoria: "A Mario Losano, con la segura esperanza de saludarlo, al cabo de un lustro, como docente de Derecho" Perfecto el *target*, un poco optimista el *timing*: ¡y cuanto afecto en los dos aspectos! Siendo aún un muchacho, de Anselmo Turazza aprendí no solo el alemán, sino la dedicación total y gozosa al estudio: dos rasgos que caracterizan, creo, toda mi vida.

En los años sucesivos, los inolvidables profesores del liceo turinés echaron nuevos haces de luz sobre el mundo del saber que se abría ante mí. El severo Mongardi me transcribía a mano, en alemán, las poesías de Hölderlin reconducibles a los líricos griegos que estudiábamos en clase. La aguda e ingeniosa Azelia Arici lograba poner vida en los escritores italianos momificados en los libros de texto. El bondadoso Perrini nos daba inspiradas lecciones de historia y de filosofía para unos pocos, mientras que el resto de la clase se dedicaba a diversas actividades lúdicas (la reforma escolar del neohegeliano Gentile confiaba a un único docente la enseñanza de la historia y de la filosofía: creo que se debe a esta fusión –y a la inteligencia de quien me enseñó ambas materias– mi interés posterior más histórico que analítico por las ciencias sociales). Muchos profesores estaban por encima de la media. También la profesora ayudante de italiano, que se acababa de graduar en alemán y que era timidísima, me impartía un cripto-curso paralelo, gracias a la instantánea complicidad que surge entre germanófilos: la encontraría años después, yo en la editorial Einaudi y ella autora de delicadas y refinadas novelas, además de docente universitaria de alemán medieval.

Este era, por lo tanto, el bagaje con el que llegué a la universidad y, un poco por casualidad, a la Facultad de Derecho: una sólida preparación humanística, unida a la convicción de que ella no me habría dado de vivir (el interés por la biología se había ya atenuado). El puente natural entre un liceo clásico sin Derecho y una Facultad todavía desconocida fue, inevitablemente, la filosofía del Derecho. Asistí así al curso de Norberto Bobbio y participé en su seminario sobre la justicia: fue mi primer examen de mi primer año.

A decir verdad, nuestro primer encuentro personal fue más bien un desencuentro. Se discutía sobre la justicia y a mí se me había asignado la *Rechtsphilosophie* de Gustav Radbruch. Perdido en la gran aula del anfiteatro, yo trataba de explicar no se qué traduciendo un pasaje de aquel volumen y Bobbio perdió la paciencia–"una característica de la escuela turinesa", me explicaría años después– y se dirigió a mí así: "Pero, en resumidas cuentas, ¿no sabe leer?" Farfullé que no estaba leyendo, sino traduciendo del alemán. "Ah –refunfuñó calmado– entonces venga a hablarme después de la clase".

Era el año 1958. Se iniciaba un coloquio que duraría hasta el 9 de enero de 2004.

M.A.: *Cuéntanos algo más sobre tu relación con Norberto Bobbio. ¿Cómo sintetizarías su aportación a la filosofía del Derecho? ¿Has tenido otros maestros además de Bobbio? ¿Quiénes han sido?*

M.L.: Las preguntas son dos: una de enorme peso objetivo, sobre la aportación de Bobbio a la filosofía del Derecho; la otra de gran intensidad subjetiva, sobre mis maestros de los años universitarios (puesto que ya he hablado de los de los años pre-universitarios)

A la primera pregunta respondo sólo con pocas palabras. Para los filósofos del Derecho y para los intelectuales italianos, Bobbio fue durante decenios la personificación misma de la filosofía del Derecho, de manera que al tema de su "aportación a la filosofía del Derecho" habría que dedicar un libro. Hoy, sin embargo, prefiero el silencio, porque su muerte ha estado acompañada de una floración demasiado exuberante de más bien improbables discípulos por autodeclaración. Por ello, he publicado en España y en Brasil mis únicas páginas en recuerdo de Bobbio y quizás vuelva a escribir sobre él –en clave no emotiva, sino científica– cuando se haga un poco de silencio.

La segunda pregunta, sobre mis "otros maestros" además de Bobbio, me obliga a confesar que, para responderte, tendría que inventar armoniosas genealogías culturales en buena parte reconstruidas *ex post*, o bien admitir que nunca he reconocido un príncipe, ni político ni cultural. La culpa es de mi carácter moderadamente anárquico en cuestiones políticas y blandamente insubordinado en las académicas. Nunca me he sentido el continuador de las doctrinas, ni tampoco de las materias, de uno de mis maestros, porque de ellos admiraba la vida ejemplar en el plano sobre todo humano y, después, cultural. Eran y son mis maestros de la vida, no mis maestros de escuela (filosófica). Trato de imitarles en algunos aspectos existenciales. Cultivo algunos de sus filones de investigación, que combino en una pantagruélica visión del saber, puesta a prueba por medio de cualquier posible verificación de la realidad.

¿Se me asigna una tesis de licenciatura sobre las constituciones de las repúblicas populares europeas? Yo aprendo rumano y voy a Bucarest y, después, a la República Democrática Alemana para ver cómo están realmente las cosas. ¿Parece, al final de la guerra de Argelia, que los "Conseils de Revision" cometen favoritismos al enviar a los conscriptos franceses al Norte de África? Yo me siento en el "Conseil" del cuartel de la Place Verdun, en Grenoble, donde la comisión debe efectuar indagaciones antes de establecer que el reglamento no admite público en los "Conseils de Revision". ¿Des-

cubro la informática con un cierto desconcierto por parte de los colegas juristas? Durante meses, en Tokio, me hago describir por los protagonistas el milagro informático de Japón y, un año después, ilustro las *mirabilia informaticae* en Brasil. ¿Pero cómo puede estudiarse la automatización de un Derecho en Asia Oriental y en Sudamérica sin estudiar la historia de esos Derechos? Nacen así mis primeras investigaciones sobre la historia jurídica de esos continentes. Y, después, ¿cómo se puede estudiar informática sin conocer su historia? Nacen así mis estudios de historia tecnológica, desde los autómatas árabes del siglo XIII, hasta los engranajes de Charles Babbage, en el XIX. En fin, si las ideologías se han terminado en Europa, ¿qué es lo que mueve a las masas de campesinos sudamericanos? Así es como hoy me encuentro inmerso en el "Movimiento de los sin tierra" brasileños. "Practico, en suma, un realismo modesto y caritativamente ecléctico": así había definido mi método de investigación con ocasión del doctorado *honoris causa* en Hannover.

M.A.: *Más adelante abordaremos el tema metodológico. ¿Podemos volver ahora a los años del aprendizaje académico?.*

M.L.: Esos viajes de descubrimiento no cancelaban, sin embargo, las actividades académicas tradicionales y, por ello, al lado de ellos, tomaban forma las traducciones, las ediciones filológicas y las investigaciones sobre Kelsen, Jhering y Hohfeld. Bobbio no era demasiado entusiasta de esta gitanesca aproximación mía a la ciencia. Fue memorable la reprimenda que recibí en 1969, después de la publicación de *Giuscibernetica*, al final de una de las "reuniones del miércoles" de la editorial Einaudi, en la que habíamos participado ambos. Nuestros coches estaban aparcados uno al lado del otro, en la calle bajo la ventana de la editorial, y ambos –con las puertas abiertas y un pie ya en el coche– seguíamos discutiendo: "No hay que llevar a la imprenta temas que aún no están maduros", me recriminaba Bobbio. "¡Pero a mí me interesan precisamente porque no están maduros!", me defendía yo.

Sobre estas heterogéneas vías del saber he tenido guías inolvidables: y tengo el atrevimiento de creer que su espíritu sigue benévolamente en la parte de las mismas que continúan viviendo en mi obrar, si no por otra cosa, por la honestidad con que lo practico. ¿A quién recordar además de a Bobbio? Ante todo a Renato Treves, numen tutelar de mi atolondrada carrera universitaria pero, sobre todo, presencia tan intensamente amiga que, después de su muerte, la universidad milanesa me parece una cáscara vaciada de vida. A él le debo mi primera cátedra y la primera publicación sobre la iuscibernética en 1968. Alessandro Galante Garrone reforzó en mí el sentido histórico, la visión reformista de la lucha política y la civilidad del debate. Gracias a él, "Il Ponte" de Florencia publicó mis primeros escritos. Ales-

sandro Passerin d' Entrèves –presidente de la Internationale Vereinigung für Rechts-und Sozialphilosophie cuando yo fui secretario general– me dirigió hacia una visión más crítica de Kelsen y me abrió las puertas del mundo anglo-americano. A él le debo la larga estancia en la Yale Law School y el descubrimiento de Hohfeld.

Pero mis guías no venían solo de la "pequeña patria" del Piamonte. Si Alessandro Passerin d' Entrèves me abrió las puertas del mundo anglosajón, al menos otros tres San Pedros usaron para ventaja mía las llaves de otros tantos mundos de los que eran custodios. El orientalista Fosco Mariani guió con paciencia infinita a un niponista aficionado como yo, armado solo de entusiasmo y de curiosidad. El literato Tudor Vianu puso orden en mis fragmentarios estudios balcánicos y, en política, me mostró cómo era posible (y lo difícil que era) permanecer libre adentro, mientras que afuera estaba la dictadura. A Rumania dediqué mi primer escrito en "Il Ponte" en 1961. En fin, el último de mis guías aún vive: tiene 95 años y es Miguel Reale, el patriarca de la filosofía del Derecho sudamericana, que, desde hace más de treinta años, apoya mis estudios sobre aquel continente y que ya en 1973 abrió su Facultad de São Paulo a la informática jurídica. Una foto de entonces nos muestra junto al primer terminal que entró en el aula magna de la Facultad del Largo Sao Francisco.

Estos son, pues, mis viejos maestros de la vida y, en el recuerdo, cada uno de ellos se me aparece como un retrato singular a tamaño natural. Pero no es sólo a través de su herencia como la vida toma forma y dirección. Después de ello aparece la bien estructurada foto de grupo de algunos de mis coetáneos y, lentamente, el recuerdo ejemplar del maestro de la vida se muda en la confortante presencia del grupo de los amigos: ¡cuántos españoles, sudamericanos y alemanes entre ellos! Aparecen, en fin, las recientes instantáneas de los más jóvenes que abren las ventanas sobre paisajes futuros: son tierras en las que ya no podré aventurarme, pero cuyo carácter inalcanzable no las vuelve menos fascinantes. De todas formas, donde yo no llegue ya, llegarán otros: los hay muy buenos y muy buenas. Confucianamente, tengo el presentimiento de poder ser su discípulo en una de mis próximas existencias.

M.A.: *Tu has sido uno de los pioneros de la informática jurídica en Italia y en Europa. Me gustaría que nos dijeras cuáles consideras que han sido tus principales contribuciones en la materia y cómo ves el presente y el inmediato futuro de este conjunto de disciplinas, la iuscibernética, que has contribuido a fundar. ¿Qué consejo le darías a un joven que se propusiera trabajar hoy en informática jurídica?*

M.L.: Han pasado más de 20 años, cuando el primer número de DOXA, en 1984, me planteaba la pregunta: "En qué áreas has trabajado? ¿Cuáles han sido los factores que te han llevado a desplazar tu interés de una a otra área?". Entonces contestaba contando el origen de mi interés por la aplicación de la informática al Derecho y exponiendo mis previsiones sobre sus posibles desarrollos. Hoy, DOXA, número 28, me pide, por el contrario, el balance agridulce del brillante pasado que tengo a las espaldas. En síntesis, diré: mi interés por la informática jurídica continua inalterado, mientras que mis previsiones han tenido que confrontarse con desarrollos en parte inesperados y en parte frustrantes. Pero procedamos con orden, siguiendo los temas propuestos en la pregunta.

Espero haber hecho contribuciones tanto teóricas como prácticas a la informática jurídica en Italia. En el plano teórico, como perteneciente a la primera generación de juristas informáticos –es decir, la que tuvo que "inventarse" la disciplina–, he tratado de distinguir la aplicación de la informática al Derecho (es decir, la informática jurídica en sentido estricto), de la aplicación del Derecho a la informática (es decir, el Derecho de la informática), una disciplina técnica, la primera, y jurídica, la segunda. Esta organización de la disciplina que estaba naciendo, ya anunciada en la *Giuscibernetica* de 1969, tomó cuerpo luego en mi *Corso de informatica giuridica*: en 1971, la primera edición constaba de un solo volumen; en 1981, los dos volúmenes de la segunda edición introducían una distinción que luego se afianzaría, pues se dedicaba, el uno a la *Elaborazione dei dati non numerici* (traducido al español en 1984 por Aguiló, Atienza y Ruiz Manero) y otro al *Diritto dell' informatica*. En 1984, esta segunda edición se completó con *L' analisi delle procedure giuridiche*, en donde proponía una edición de las normas compatible con la informática. En fin, en 1985-86 publiqué los tres volúmenes que sistematizaban toda la materia: un volumen técnico, *Informatica per le scienze sociali*, y dos volúmenes jurídicos, *Il diritto privato dell' informatica* y *Il diritto publico dell' informatica*. Después de esta fecha, la rápida evolución tanto de la tecnología como del Derecho ha hecho imposible una actualización de este trabajo por parte de una sola persona.

En el plano práctico, mis realizaciones se refieren, en primer lugar, a los bancos de datos jurídicos, tanto legislativos como judiciales. Nació así, en 1973, el primer banco de datos legislativos de Lombardía, destinado sin embargo a disolverse al pasar de la fase experimental a la de gestión. Este era el problema típico de aquellos inicios: los prototipos geniales no se transformaban casi nunca en servicios para el ciudadano y hoy, en el fondo del Gran Mar Océano de la Informática Jurídica, yacen muchos galeones con sus bodegas llenas de ideas doradas y olvidadas. Por ello, la pasión por las (demasiadas) novedades tecnológicas no debe hacer olvidar la *historia* de la

informática jurídica: en treinta años, los problemas jurídicos a resolver han quedado con frecuencia inalterados, de la misma manera que las soluciones pioneras del pasado todavía pueden ofrecer indicaciones útiles incluso en tiempos de tecnologías pasmosas. En aquel banco de datos legislativos en línea coloqué en 1987 el primer CD-ROM italiano con sentencias de segundo grado del área milanesa. Puesto que ese banco de datos judiciales no en línea iba por delante de su mercado potencial, su contenido se hizo desembocar en el sistema Italgiure de la Corte di Cassazione.

Estas realizaciones prácticas no habrían sido posibles sin los constantes contactos con las casas constructoras de ordenadores, que al comienzo de la era informática también eran productoras de los programas a ejecutar. Seguí los primeros cursos de programación en la sociedad Honeywell, colaboré con la sociedad IBM (que puso a mi disposición personas, programas y tiempo-máquina para realizar los primeros proyectos de *information retrieval* legislativa, en los años setenta), y también con Olivetti y con Univac. Pero la colaboración más duradera y el recuerdo más intenso están ligados a la rama informática de la sociedad Siemens, donde encontré durante años un incomparable ambiente de trabajo y de investigación, en Italia y en Alemania. Bajo las alas de "Mamá Siemens", nacieron no sólo las aplicaciones al Derecho, a las bibliotecas y a los catastros, sino también mis libros sobre la historia del cálculo mecánico: las monografías sobre Leibniz, Babbage, Scheutz y Zuse publicadas por la editorial Etas Kompass, al principio como inteligentes aguinaldos empresariales para Navidad, y después como volúmenes distribuidos también en las librerías. Entre los años setenta y ochenta se perfiló en el horizonte y se desvaneció también el sueño del ordenador europeo, cuando las empresas europeas trataron de colaborar constituyendo la sociedad "Unidata", muy pronto deshecha por los corrosivos intereses nacionales. El "ordenador europeo" no vio la luz y, en particular, Italia perdió el tren de la informática: Lorenzo Soria se doctoró conmigo presentando la tesis *Informática, ocasión perdida*, publicada en 1979 por Einaudi. De esos años de provechoso trabajo, pero también de ilusiones hoy casi olvidadas, me quedan los proyectos realizados y, cosa rara, los vínculos de amistad robustecidos en un ambiente de trabajo para mí irrepetiblemente constructivo.

En conclusión, en el ámbito de la informática jurídica en sentido estricto, estoy convencido de haber cumplido con mi tarea fundamental de docente universitario: proyectar la innovación y ofrecérsela a los potenciales usuarios al puro precio de coste. Si después los usuarios potenciales duermen, no es tarea de la universidad sacarles de su letargo o sustituirlos en la gestión: la universidad *no* es una empresa, aunque hoy se pretenda hacer creer que lo es.

En el ámbito del Derecho de la informática me he comprometido a fondo a fin de que Italia se diera una ley sobre la privacy. Desde 1977, he publicado artículos de comparación con las leyes extranjeras sobre la privacy, he analizado los efímeros proyectos de ley italianos, he traducido en italiano incluso la ley española entonces en vigor (la Lortad), y hasta he propuesto un proyecto de ley sobre la privacy. Todo inútil: Italia fue el penúltimo de los Estados de la Unión Europea en dictar esa ley, en 1996.

Contribuí todavía a un comentario de esa ley, y después la abandoné a su destino: ahora debía ocuparse de ella no ya el teórico del Derecho, sino el jurista de empresa, el abogado, el juez o el burócrata. Sin embargo, puesto que con la privacy de la gente honesta se tutelaba también la de los malhechores, muchos protestaban contra el hipergarantismo de aquellas normas. Por ello, mi interés por la política legislativa acerca de la privacy se ha trasladado al conflicto entre la tutela de la privacy y la tutela de la seguridad: ya antes de la lucha contra el terrorismo, en efecto, se había planteado el problema de la lucha contra la criminalidad organizada. Hoy me parece necesaria una revisión de la actual tutela jurídica de la privacy: pero éste no es momento para hacer frente a una cuestión tan espinosa. Con los atentados de Londres y de Sharm el Scheik de julio de 2005 está ya claro que hay en curso una guerra contra la libertad y los derechos fundamentales propios de Occidente: pero, paradójicamente, una de las primeras medidas bélicas de los Estados occidentales deberá ser precisamente la limitación del derecho fundamental a la privacy.

Entre tanto, en la construcción de los bancos de datos, me tropecé continuamente con leyes mal formuladas, que impedían que se pudieran encontrar de manera plena las informaciones legislativas, o bien que obstaculizaban la automatización de la administración pública (así se llamaba, en sus orígenes, el actual *e-government*). Estas dificultades y los ejemplos extranjeros de leyes compatibles con la informática reforzaron desde 1971 mi interés por las técnicas legislativas, hasta el punto de que en el futuro querría introducir en las Facultades de Derecho la asignatura "técnica de redacción de textos jurídicos". Hemos llegado así al tema de la didáctica y, en particular, a la enseñanza de la informática jurídica.

Durante 35 años he tratado de introducir la informática jurídica en sentido amplio (que incluye también el Derecho de la informática) en la Università degli Studi de Milan, en donde enseñé desde 1969 hasta 2004, pero –con la única excepción de Renato Treves– siempre encontré un desinterés total por esa enseñanza. Ni siquiera dos mandatos como presidente del centro de cálculo de toda la universidad abrieron una brecha en esa muralla. La pasión intelectual me transformó en *pusher* académico: durante años he ido

despachando módicas cantidades de informática jurídica bajo la cubierta de la teoría general del Derecho.

En 1992 me llegó la propuesta de dirigir en Florencia el Istituto per la Documentazione Giuridica del CNR, la única entidad de investigación en Italia que entonces se ocupaba de informática jurídica. Innovar un equipo de funcionarios públicos inamovibles con un mandato limitado a cuatro años era una empresa desesperada, pero también un hermoso reto. Sin embargo, cuando llegó al Consejo científico un profesor de Derecho romano que quería abolir el uso del inglés, dimití a mitad de mandato. Vino luego una cuestión parlamentaria sobre mi dimisión, después la dimisión del único docente de informática del Consejo científico. En fin, todo volvió a la situación anterior.

Mis vicisitudes en Milán y en Florencia son dos ejemplos mínimos del estancamiento que ya dura decenios en Italia no sólo en la investigación, sino en casi todos los campos. Cuando en los años sesenta llegué a Milán encontré allí la capital italiana de la actividad editorial y de la informática: mi habitat ideal. Hoy, la actividad editorial es puramente comercial y la informática ya no existe. No existe tampoco el Milán que había aprendido a amar; hoy comparto más bien el juicio del politólogo del XIX Giuseppe Ferrari, que la definió como una ciudad "pomposamente estéril". Por lo tanto, ¿por qué quedarse en Milán?

En 2001, la Universidad del Piamonte Oriental (que tiene su sede en tres ciudades en el límite entre Lombardía y Piamonte) me ofreció la posibilidad de organizar un curso trianual de informática jurídica en la sede de Alessandria, a dos pasos de la ciudad donde nací y de mi casa de campo. Las asignaturas de informática constituyen el 40% de las enseñanzas y las jurídicas el 60%: por tanto, en base a las reglas ministeriales, quien termina este curso es un jurista que puede acceder al bienio de especialización y, después, a las tradicionales profesiones forenses. Pero se llega a ellas sabiendo informática: de hecho, el curso es "interfacultativo", es decir, sirve para la Facultad de Derecho y para la de Informática. Y cada uno hace su trabajo: los juristas enseñan el Derecho y los informáticos la informática. A cada materia jurídica se le añade un módulo informático (por ejemplo, al "Derecho penal" se le añade "Derecho penal de la informática") y a cada materia informática se le añade un módulo jurídico (a "bases de datos" se le añade "bases de datos jurídicos").

Este año se gradúan en Alessandria los primeros juristas informáticos. Los que terminen el bienio posterior podrán hacer también un máster europeo en Hannover, en el Institut für Rechtsinformatik. Este instituto (al que considero también un poco mío) ha construido una valiosa red europea en el curso de sus laboriosos 20 años de investigación, es decir, en los 20 años en

los que en Milán se meditaba sobre la eventual existencia de la informática jurídica.

Si se añade que en esa ciudad "pomposamente estéril" la universidad me ha sido inexplicablemente hostil, se puede comprender por qué desde 2004 me he trasladado a Alessandria, a la Facultad de matemáticas, pero al departamento de Ciencias jurídicas y económicas: una situación híbrida que responde bien a mis exigencias de jurista tanto informático como humanista. *Hic manebimus optime* o, por lo menos, así lo espero.

M.A.: *¿Y cómo ves el presente y el inmediato futuro de la informática jurídica?*

M.L.: Esa pregunta tiene fácil respuesta: la informática es ahora omnipresente; hasta tal punto es así que Italia tiene un ministerio al respecto que se ocupa del *e-government*; los abogados se ha dado cuenta de que los asuntos informáticos son rentables y cada vez más numerosos; los jueces se dan cuenta de que no pueden delegar en los peritos las decisiones de los casos informáticos; las empresa, en fin, tienen necesidad en todos los niveles de profesionales que sean, al mismo tiempo, usuarios y suministradores de datos informáticos. Por lo tanto, la informática jurídica está destinada a afianzarse cada vez más, porque –en el mítico "mercado"– hay una demanda de juristas informáticos.

Sobre esta constatación se basan también los consejos que daría al estudiante interesado en la informática jurídica. Esta elección le abre ciertamente un amplio mercado de trabajo, pero con dos condiciones: la primera es que tenga un curriculum de informática "en serio" (es decir, articulado y no autodidacta), manteniéndose constantemente actualizado, después de haber cursado sus estudios, tanto en la tecnología como en el Derecho; la segunda es que ya en los años de estudio se cree una red internacional de corresponsales (también para esto sirve el máster de Hannover, por ejemplo), porque los problemas de informática jurídica son por su naturaleza problemas que a veces han encontrado ya una solución en el extranjero o que exigen una solución transnacional.

¡Ah!, casi olvidaba un último consejo: aprender muy bien el inglés, aunque un profesor de Derecho romano fuera del parecer contrario.

M.A.: *Lo que antes has dicho sobre tu paso a la Facultad de Matemáticas es una muestra de tu vocación transdisciplinar, pero quizás también de que algo no va del todo bien en la universidad italiana. ¿Cómo ves la universidad en Italia y en los otros países con los que has tenido un contacto académico en los últimos años? ¿Qué papel están jugando –o pueden jugar en el futuro– las Facultades de Derecho en el conjunto de la universidad?*

¿Qué piensas sobre el llamado "espacio de Bolonia"? ¿Cómo ves el futuro de la filosofía del Derecho en cuanto disciplina académica?

M.L.: Hablando de la universidad italiana, decir que "algo no va del todo bien" me parece un cortés eufemismo. Hace más de diez años describí la crisis de la universidad italiana en el artículo *La universidad de Bronxford un instante antes del colapso* ("Boletín de la Institución Libre de Enseñanza", 1994, pp. 45-55), diciendo que en ella se buscaba la excelencia de Oxford con métodos del Bronx. Bien, hoy diría que la búsqueda de la excelencia se ha abandonado; lo que queda es el Bronx y estamos en el colapso. Faltan las personas, faltan los fondos, falta una visión de la universidad en el contexto de la sociedad italiana. He valorado positivamente la reforma nacida en 1999 del encuentro de los rectores europeos en Bolonia porque, a pesar de sus límites, permitía innovar: precisamente, gracias a esa reforma he logrado que naciera el trienio de informática jurídica en Alessandria. Pero, pasando de mi afortunado caso específico a la situación general, el estado actual de la universidad italiana roza el absurdo. He aquí una síntesis.

La reforma "de Bolonia" ha transformado la tradicional carrera de cuatro años de Derecho en tres años, seguidos de otros dos de especialización. Del trienio inicial se puede pasar directamente al mundo del trabajo, o bien continuar con el bienio. Está claro que el tipo de enseñanza debería ser distinto en base al tipo de trienio: el Derecho penal, a un estudiante que irá pronto a trabajar (y *no* podrá llegar a ser ni juez ni abogado), se le debe enseñar de manera distinta que al que podrá profundizar en el Derecho penal durante el bienio (y podrá llegar a ser juez o abogado). Con la reforma se necesitaban, por lo tanto, más docentes; y la reforma preveía también instrumentos de noble precariado universitario como, por ejemplo, docentes con contrato *pro tempore* provenientes del mundo de la economía divinizado por los gobiernos neoliberales.

Sin embargo, la reforma "de Bolonia" tuvo que realizarse en un periodo de grave crisis económica, de manera que durante años se redujeron drásticamente los fondos que el Ministerio transfiere a las universidades públicas. Incluso un Departamento bien administrado está obligado a enviar un correo electrónico en el que se habla del techo *anual* de gastos: "Cada miembro del departamento podrá gastar hasta 30 euros en envíos postales [...] Agotado el mencionado presupuesto, cada docente podrá sin embargo hacer uso del servicio postal adquiriendo más sellos con cargo a sus propios fondos de investigación". Llamar "presupuesto" a los 30 euros anuales de franqueo postal es una perversión lingüística de la cual el Ministro que nos obliga a ello deberá dar cuenta el día del juicio final. Dadas estas restricciones, por lo tanto, desde el comienzo no sólo faltó el dinero para los nuevos

docentes, sino que directamente quedaron bloqueados los nombramientos de los docentes que ya habían ganado un concurso de cátedra. También se bloqueó la incorporación del personal no docente. Este bloqueo total del personal dura ya tres años, con la consecuencia de que departamentos con una treintena de docentes disponen de dos o tres personas para la secretaría y la contabilidad.

El resultado de conjunto es digno del mejor Ionesco. Los alumnos del trienio –independientemente de lo que quieran hacer al finalizar– siguen las mismas lecciones del mismo docente y tienen, de hecho, el mismo examen, a menos que los estudiantes del trienio de orientación profesional no resulten agraciados con una "rebaja" de las páginas a estudiar. De todas formas, los estudiantes-brahamanes que se han inscrito en el trienio de "Ciencia jurídica" (preparatorio del bienio de especialización) acceden directamente al bienio, mientras que los estudiantes-paria del trienio de orientación profesional de "Servicios jurídicos" acceden a él sólo después de algunos exámenes adicionales. Sin embargo, todos son doctores: doctores "iunior" todos los que acaban el trienio; y doctores "con maestría" los que completan los cinco años.

El teatro del absurdo encuentra una continuación en la "reforma de la reforma" de mayo de 2005, la cual –para ponerse a cubierto del embrollo de los trienios– prevé un "recorrido en Y" para las Facultades de Derecho. El primer año será común a todos; después, el que quiere ir pronto a trabajar hará otros dos años de orientación profesional, mientras que los otros estudiantes acudirán a un periodo cuatrianual de más alto nivel. Pero siguen faltando los fondos y continúa el bloqueo del personal: por tanto, el "recorrido en Y" se volverá a encontrar en la misma situación del actual "trienio más bienio", es decir, no habrá los medios para diferenciar los itinerarios didácticos, que entre tanto con la reforma de la reforma –adviértase– de dos se han convertido en tres.

Pero la universidad no es un *hortus conclusus*. La crisis de la universidad italiana es uno de los aspectos de la crisis de una sociedad civil que no tiene un proyecto y que, por tanto, envejece rápidamente ante la dramática evolución de los últimos dos decenios. Precisamente por esta razón, ya no existe la gran industria italiana: la química y la informática italianas han desaparecido; de la mítica Olivetti no existe ya ni la marca; la Fiat está al borde de la quiebra; a Alitalia se la mantiene en vida con la respiración boca a boca de las subvenciones estatales, las cuales, además, están en el punto de mira de la Unión Europea. No le va mejor a la pequeña y mediana industria: el sector textil y el zapatero han sido puestos de rodillas por China; en estos días ha cerrado las puertas en Milán la última fábrica italiana de televisores. Italia está a la cabeza de la clasificación mundial de usuarios de

teléfonos móviles, pero no produce ni uno. Esto sucede porque la industria italiana sigue produciendo a precios alemanes bienes que hoy saben hacer igual de bien los malasios o los eslovacos. En este contexto, un gobierno sin blanca aconseja a la universidad pública pedir fondos al "mercado" el cual, sin embargo, se está hundiendo. No hay que extrañarse de que también la universidad italiana esté en plena crisis organizativa y económica.

Obviamente, la crisis está también en el resto de la Unión Europea, pero las universidades que más frecuento –las españolas y las alemanas– están insertas en un contexto estatal dirigido por un proyecto político. Por ello, en los recortes también crueles inferidos a las universidades alemanas se reconoce un proyecto general (sobre el cual se puede estar o no de acuerdo: pero al menos se sabe de qué se está discutiendo). Las universidades españolas no navegan por aguas tranquilas, pero ya desde hace años han superado a las universidades italianas, como escribí en el "Corriere della Sera" corrigiendo a un incauto chovinista italiano.

Por el contrario, en Italia, a veces tengo la sensación de que desde hace años alguien ha encerrado en una habitación del Ministerio de Roma a pedagogos enloquecidos, los cuales, de tanto en tanto, logran hacer llegar a la mesa del ministro la propuesta de modificar una realidad de la que ya no guardan memoria; propuesta burocráticamente aprobada en un clima de desinterés general. No exagero: la circular del 23 de mayo de 2005 sobre el "recorrido en Y" en las Facultades de Derecho llegó a las Facultades en junio, cuando los cursos habían terminado; pero para su aplicación se indica una fecha "apoyada por la administración que suscribe": "la del inicio del próximo año académico 2005-2006. Por ello, quitadas las vacaciones de verano, el plan de estudios de las Facultades de Derecho tendría que volver a redactarse en dos meses.

Aparte de estos aspectos *à la Ionesco*, el confuso proyecto neoliberal proclamado por el partido-empresa de un empresario perennemente bajo proceso tiene en la universidad efectos tan precisos como desastrosos. Se favorece a las escuelas privadas (que, en Italia, son preponderantemente confesionales) y a las universidades privadas. A las públicas se les pide que encuentren fondos en el mercado: por tanto, las Facultades científicas tienen que abandonar la investigación básica en favor de la aplicada, mientras que las Facultades de Humanidades tienen que apuntar hacia la cualificación profesional inmediatamente vendible. En las Facultades de Derecho, por lo tanto, ¿para qué perder el tiempo (y sobre todo, el dinero) con la filosofía del Derecho y disciplinas semejantes?

Esta tendencia a abolir las materias teóricas e históricas se encuentra en toda la Unión Europea. En Alemania se han abolido no sólo algunas cátedras de filosofía del Derecho, sino Facultades enteras. Pero Alemania

vive, además de la crisis económica, también la reunificación y esta última había creado algunas duplicaciones inevitables. Además, el hecho de que los docentes alemanes enseñen dos materias permite reducir las materias histórico-teóricas sin dar demasiado en el ojo. Por ejemplo, el mismo docente enseña frecuentemente filosofía del Derecho y Derecho penal, o bien historia del Derecho alemán y Derecho civil: basta con aumentar las horas de Derecho privado para provocar la atrofia o la casi desaparición de la materia teórica.

La reforma "de Bolonia" respondía a una necesidad comunitaria, porque la libre circulación de los profesionales exige que estos tengan una preparación en cierta medida similar. La primera deformación de la reforma llegó con el martillazo de la crisis económica: precisamente en el momento en el que se necesitaba aumentar los fondos y los docentes, se ha tenido por el contrario que reducir ambos. Pero quizás esté llegando un nuevo martillazo. Habrá en efecto que ver si la crisis del espíritu europeo, sucedida con el referendum negativo en Francia y en Holanda sobre el tratado constitucional, no restituirá la fuerza a los corporativismos profesionales y, por tanto, no ralentizará también el modelo boloñés de europeización de las universidades. Veamos por qué.

En Italia, el modelo del "trienio más bienio", por ejemplo, no se ha adoptado nunca en las Facultades d Medicina. Además, existen poderosos colegios profesionales, entre ellos el de los abogados, que tiene su origen en las corporaciones fascistas y que defienden tomas de posición precisas: un abogado alemán no puede ejercer su profesión en Italia sin haber superado el examen italiano y sin haberse inscrito en el registro profesional italiano. Durante años la Unión Europea pidió abolir estos colegios profesionales que, sin embargo, hasta ahora han resistido victoriosamente. En particular, el colegio de abogados siempre ha criticado el modelo boloñés del "trienio más bienio", prefiriendo a éste el viejo ordenamiento. Estas resistencias a la modernización de la universidad se volverán probablemente más fuertes con el debilitamiento actual del espíritu comunitario europeo.

Con el desbaratamiento de la nación, también mi espíritu crítico y mi identidad ideológica se han puesto en naftalina. Frente a la "reforma de Bolonia" y, hoy, frente al "recorrido en Y", no oso ya ni siquiera emitir un murmullo de desaprobación contra los termitas neoliberales que corroen todo el edificio estatal y, por tanto, también la universidad. Ahora asisto al sucederse de las propuestas de los pirotécnicos pedagogos romanos con el pragmatismo desencantado de aquel comendador milanés que en 1914 –ante un grupo de exaltados que, en la Plaza de la Scala, le exigían que tomase opción: ¿"Quiere la paz o la guerra?"– respondía: "Me va bien la una o la otra, con tal de que sea una cosa bien hecha".

M.A.: *Volvamos a la filosofía del Derecho. Tu has mostrado desde siempre un gran interés por Kelsen; has traducido algunas de sus obras capitales al italiano y has escrito también diversos trabajos de "kelsenianismo". ¿Cómo ves hoy la figura de Kelsen? ¿Ha sido realmente el mayor jurista del siglo XX? ¿Cómo ha influido en tu manera de entender la filosofía del Derecho y el Derecho? ¿Se puede –se debe– hoy ser kelseniano en teoría del Derecho? ¿En qué aspectos (si o no)?*

M.L.: En la revista "Sistema" he recordado que Bobbio, "con un gesto de confianza que aún hoy me sorprende, en 1959 me confió la traducción de la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*": Hans Kelsen se convirtió así en un autor presente durante toda mi vida. Sin embargo no es por esta razón sentimental por la que sigo estando convencido de que Kelsen ha sido el mayor jurista del siglo XX. En el plano *teórico*, aunque no comparto del todo su teoría del Derecho, estimo que ella es una de las explicaciones más claras y eficaces del funcionamiento del Derecho en los Estados europeos industrializados. En el plano *práctico*, considero que Kelsen es un campeón de la democracia social-liberal precisamente en los años en la que era atacada más violentamente, es decir, en los años en que defenderla no sólo era incómodo, sino también peligroso. El triple exilio a Colonia, a Ginebra y a los Estados Unidos demuestra que su relativismo teórico no le impedía adoptar elecciones rigurosas en el campo político. El hecho de que hoy hasta la izquierda se haya *medusée* por un jurista luciferino y oportunista como Carl Schmitt (y que tienda a olvidar a su antagonista Kelsen) es un signo de los tiempos: un signo del oscuro alborear de este siglo XXI, cuyo exordio no muestra ciertamente una fuerte vocación por la legalidad.

Dicho esto, querría precisar que soy un kelsenólogo en el mayor grado, pero no ciertamente un kelsenólatra. De Kelsen aprecio mucho, pero no todo; y lo que aprecio lo inserto en el mosaico de mi eclecticismo metodológico. En la *lectio doctoralis* de Hannover –titulada *Derecho turbulento. Nuevos paradigmas en las relaciones entre los Derechos nacionales y las normativas supraestatales*, que aparecerá en la "Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto"– he tratado de exponer en síntesis mi posición que aquí trataré de sintetizar aún más. Parto del axioma de que se acepte la doctrina que explique la mayor parte posible de los elementos que componen su objeto. La teoría pura del Derecho explica bien la dinámica del Derecho en el mundo industrial y democrático, que era justamente el mundo preferido por Kelsen: es una teoría general del Derecho europeo continental del siglo XIX-XX, es decir –en el fondo– una teoría menos general de lo que afirma ser. De hecho, para poder aplicarla a un cierto ordenamiento jurídico, es indispensable que este último opere en un contexto parlamentario, con la

división clásica de poderes, con el poder judicial subdividido en diversos grados, etc.

Precisamente, de la constatación de que esta teoría (junto con otras) era una "teoría no muy general del Derecho" nació mi deseo de construir una "teoría verdaderamente general del Derecho". Comencé pues a examinar algunos Derechos extraeuropeos. Esa serie de estudios aparentemente *extravagantes* confluyó en 1978 en el libro *Grandi sistemi giuridici*, del que estoy preparando la cuarta edición. El resultado al que llegué fue que una visión verdaderamente general del Derecho no se presta a ser encerrada en una única y homogénea teoría verdaderamente general del Derecho. Pero volvamos a Kelsen.

La curva de la fuerza explicativa de la teoría pura del Derecho cae bruscamente si se examinan los ordenamientos jurídicos de los Estados no industrializados o extraeuropeos: por ejemplo, los consuetudinarios del mundo arcaico o primitivo, o los regidos por un pluralismo jurídico como muchos Estados islámicos. En la *lectio doctoralis* de Hannover afirmaba además que:

"el riguroso positivismo legislativo no explica tampoco el Derecho *post-industrial* que parece consolidarse en nuestro tiempo: es decir, no explica el pluralismo jurídico. Ahora, también en Europa, en nuestras sociedades que se han vuelto multiculturales, se tiende a admitir la coexistencia de una pluralidad de ordenemientos normativos: por ejemplo, en la Italia católica, los tribunales no pueden intervenir contra la poligamia islámica, si está reconocida de manera regular en los países de origen. En algunos casos, el pluralismo jurídico genera directamente un *pluralismo judicial*. En Colombia, más de una vez el Tribunal Constitucional ha reconocido como válida la condena de un indígena establecida por un tribunal tribal según sus reglas consuetudinarias y ha impedido que la misma persona fuese juzgada por ese mismo delito por un tribunal estatal con base en los códigos en vigor. El riguroso positivismo legislativo no aceptaría nunca esta aplicación del civilizadísimo principio *ne bis in idem*"

Puesto que en la sociedad post-industrial continúan existiendo también estructuras sociales heredadas de la sociedad industrial, en el Derecho de la sociedad post-industrial conservan su validez algunas explicaciones que el positivismo jurídico había ya formulado para el Derecho de la sociedad industrial: no es necesario arrojar al mar a Kelsen sólo porque se elija una teoría jurídico-antropológica para explicar ciertas situaciones en Latinoamérica o en el Sudesde asiático. Simplemente, la doctrina jurídico-antropológica explica mejor el ordenamiento en el que conviven Derechos de origen europeo y Derechos consuetudinarios, mientras que la doctrina iuspositivista explica mejor el ordenamiento de una sociedad europea occidental. En

suma, para mí, toda teoría, y por tanto también la teoría pura del Derecho, es un modelo explicativo, no una fe: por tanto, es lícito recurrir a varias teorías, mientras que se debe creer en una sola fe (si bien es aconsejable no ser demasiado rígidos ni siquiera en la fe: los japoneses, en general, tienen dos, el sintoismo para el más acá y el budismo para el más allá).

Además, en los tiempos de Kelsen la formación de estructuras supranacionales no era relevante de la manera en que lo es hoy. En todos los continentes coexisten hoy tres ordenamientos: el nacional, el supranacional y el internacional. La idea central de la teoría pura del Derecho consistía en reconducir cada nivel de la pirámide normativa a un *único* principio, la norma fundamental. Por eso, Kelsen colocaba al Derecho internacional inmediatamente por debajo de la norma fundamental, pero por encima de la Constitución nacional. Esta elección teórica contenía un claro mensaje democrático: en un ordenamiento estatal, sólo la Constitución y las leyes conformes con el Derecho internacional podían ser consideradas válidas. Es difícil estar de acuerdo, hoy, con la norma fundamental; pero también es difícil negar el coraje político ínsito en esta afirmación de Kelsen, en los años en los que se derrumbaba el mito de la Sociedad de las Naciones y los tratados internacionales eran escarnecidos como "trozos de papel".

Hoy, situar también al Derecho comunitario europeo en aquella única pirámide normativa crea no pocas dificultades. Pero, por ahora, el problema del tercer nivel jurídico no ha sido resuelto ni por Kelsen ni por otros: es aún objeto de debate entre quienes estudian el Derecho constitucional de múltiples niveles. En este debate, Kelsen conserva un puesto de relieve, pues es necesario hacer frente a sus afirmaciones, sea para llegar a un consenso o a un disenso.

M.A.: *¿Y cómo ha influido entonces Kelsen en tu propia obra?*

M.L.: Independientemente del puesto en el que se coloque a Kelsen en el Panteón de los juristas del siglo XX, está claro que, para mí, en el plano personal, traducir su obra más importante fue una experiencia altamente formativa. Escribía en "Sistema": "Trabajar con Bobbio sobre Kelsen: ¡prueben a imaginar qué podría significar para un buen estudiante traducir a un autor meticuloso como Kelsen bajo la supervisión de un docente riguroso como Bobbio, para el cual la claridad de la exposición era un imperativo categórico! Esta necesidad de claridad ha seguido siendo, hasta hoy, un tormento para mí y, me temo, también para los que trabajan conmigo".

En consecuencia, en el mosaico de mi eclecticismo metodológico ha entrado muy poco de Niklas Luhmann, aunque él se proponga explicar una sociedad más próxima a nosotros que la de Kelsen. Ese proceder *per obscura ad obscuriora* me es extraño, aún cuando a Luhmann me une una raíz

común, puesto que en los años sesenta Luhmann fue, como yo, un pionero de la "iuscibernética". Al Luhmann anterior al "cambio de paradigma" de 1984 –esto es, al jurista Luhmann estudioso de la administración pública y del sistema cibernético– he dedicado todo un capítulo en el tercer volumen de mi libro *Sistema e struttura nel diritto*. Del lenguaje de la cibernética, Luhmann tomó (también a través de la mediación de Parsons) muchos elementos de su lenguaje autopoiético: pero el punto de oposición con los amigos luhmanianos está precisamente en el hecho de que Luhmann, en mi opinión, recibió de la cibernética más la terminología que los métodos y los conceptos. Después, nuestros caminos culturales se dividieron: en Luhmann la cibernética se vuelve cada vez más abstracta y se disuelve en la sideral teoría general de los sistemas, mientras que yo descendí del cielo de la cibernética a la sala de máquinas de la informática jurídica.

Pero si volvemos a los viejos maestros, a los que he mencionado al responder a la primera pregunta, encontramos inmediatamente los anticuerpos que acompañaban al inevitable entusiasmo juvenil con el que me aproximaba, más bien me sumergía, en la teoría pura del Derecho. Alessandro Passerin d' Entrèves me reveló el lado laicamente iusnaturalista de Kelsen (en los aburridísimos años cincuenta el iusnaturalismo era exclusivamente católico y lo miraba con desconfianza también durante la década siguiente). Bobbio me enseñó a analizar la teoría pura del Derecho y a captar las contradicciones internas (a las que yo llamaba los "sobresaltos de humanidad" en Kelsen, cuando éste, en lugar de forzar la realidad para adaptarla a su teoría, adaptaba su teoría a la realidad a costa de resquebrajar la coherencia metodológica).

La traducción de la obra de Kelsen no se publicó hasta 1966, a causa de los retrasos editoriales ligados a la botadura de la nueva colección científica a la que estaba destinada. Pero la secuencia de mis intereses sucesivos tendría que demostrar que no me había concentrado solamente en Kelsen: en 1969 traducía *Los conceptos jurídicos fundamentales* de Wesley Newcomb Hohfeld; en 1970, *Estructuralismo y ciencias humanas*, de Raymon Boudon; y en 1972, *El fin en el Derecho*, de Rudolf Jhering. Este último fue sin duda el autor clásico que, junto a Kelsen, influyó en mayor medida sobre mi visión del Derecho; por ello, merece quizás la pena decir dos palabras sobre su presencia en mi actividad científica.

Comencé a traducir a Ihering después de haber publicado la traducción de Kelsen. En realidad, habría tenido que pasar el fatídico 1968 en París para iniciar el doctorado *de troisième cycle* con Raymond Polin. Llegué allí en marzo; en mayo, la Sorbona cerró sus puertas; en junio, la beca de estudios italiana se suspendió; en el verano tuve por ello que volver a Italia y, desde ese momento, me concentré en mis autores alemanes y en la informática.

Para mí, nacido entre viñedos, el 1968 fue el "tiempo del mosto", es decir, la estación mágica en la que se pone a fermentar en la cuba lo que se transformará en vino de añada. De hecho, a pesar de los contratiempos académicos y burocráticos, en mi caótico 1968 inicié la fermentación de numerosos proyectos, destinados a alcanzar el grado justo de maduración en los años sucesivos. Ante todo, adoptaron la forma de publicación los dos nuevos intereses que habrían debido desarrollarse en los años sucesivos. De hecho, en 1968 publiqué tanto la primera bibliografía completa (en la medida en que puede serlo una bibliografía) de Jhering, como el primer artículo sobre la "iuscibernética". Pero en 1968 publiqué también, para mi habilitación, el primer volumen de *Sistema e struttura nel diritto* que iba *Dalle origini ala Scuola Storica*, llevándome así hasta el umbral de Kelsen (umbral que me llevaría un poco de tiempo atravesar, puesto que los tres volúmenes sobre la noción de sistema aparecieron más de 30 años después, en 2002). Siempre en 1968, participé en el congreso de Göttingen del ciento cincuenta aniversario del nacimiento de Jhering: allí se inició mi larga amistad con el sueco Sten Gagnér, estudioso de rara generosidad que me animó a publicar los tres volúmenes de la correspondencia de Jhering en su cátedra de Historia del Derecho, en Munich, en Baviera.

De Jhering me fascinaba el *entourage* pandectístico de sus primeras obras y su posterior ruptura metodológica con el pasado, para acompasarse con la modernidad de Europa en la segunda mitad del diecinueve. Me fascinaba también la multitud heterogénea y efervescente de sus seguidores: desde la Jurisprudencia de intereses y el movimiento del Derecho libre hasta los Critical Legal Studies norteamericanos y el Derecho alternativo de la Europa continental y de América latina.

En suma, mi pasión por el rigor conceptual y terminológico de Kelsen estaba, y está, atemperada por numerosas aportaciones de estilo bien diverso. Con todo, mi interes por Kelsen no disminuyó nunca. En 1975 vio la luz, como volumen autónomo, *Il problema della giustizia*, que en la edición alemana era el apéndice de la *Reine Rechtslehre*. Publiqué varios ensayos de análisis de la doctrina pura del Derecho; en 1981 los recogí en un volumen (*Forma e realtà in Kelsen*); en 1985 revisé la traducción de la obra póstuma *Teoria generale delle norme*. En fin, en 1998, Bobbio me confió la tarea de recuperar y publicar los manuscritos del debate entre Hans Kelsen y Umberto Campagnolo (un viejo amigo suyo y compañero de batallas civiles), que tuvo lugar en los años treinta durante su exilio en Suiza. Tuve incluso el placer de poder entregarle, en 1999, la edición bilingüe de aquel debate (*Diritto internazionale e Stato sovrano*) y, en 2000, la traducción publicada en Brasil de ese volumen.

En conclusión, Kelsen no me abandona, ni yo le abandono a él: precisamente por esto, he querido dedicar la *lectio doctoralis* de Hannover a la relación entre su teoría y el mundo moderno, que tiene su símbolo en la confrontación-enfrentamiento entre la imagen de la pirámide y la de la red.

M.A.: *¿Se puede entonces –o se debe– ser hoy kelseniano en la teoría del Derecho?*

M.L.: Lo que he estado diciendo debería responder ya implícitamente a esa cuestión. No creo que "se deba" aceptar la teoría pura del Derecho como una estructura monolítica: esta estaticidad metodológica se la dejamos a los kelsenianos. "Se puede" –en mi opinión– ser "kelseniano" en cierta medida, esto es, aceptando aquellas partes de su obra que aún hoy tienen relevancia. Por ejemplo, la estructura por gradas (la pirámide) explica bien la estructura de un ordenamiento moderno, aunque no se acepte su clausura hacia lo alto con una norma fundamental: se puede seguir al jurista Kelsen sin tener que transformarse también en un filósofo neokantiano. Ya el mismo Kelsen, de joven, se daba cuenta de que quien indaga en la fuente última de la validez del Derecho resulta deslumbrado por "los ojos rasgados de la Gorgona del poder".

Además, la claridad expositiva de los textos kelsenianos los hace particularmente aptos para la enseñanza, incluso como base inicial para una discusión que siga después líneas no kelsenianas: piénsese en libros cortos pero densos como *Qué es justicia* y la primera edición de la *Teoría pura del Derecho*, para limitarme únicamente a textos jurídicos.

Pero no debemos olvidar que Hans Kelsen no fue únicamente un filósofo del Derecho: y aquí me permito traspasar el límite de la cuestión que se refiere sólo a la iusfilosofía kelseniana. Kelsen fue también un iuspublicista al que debemos una contribución decisiva a la Constitución austríaca de 1922 y la fundación del Tribunal Constitucional austríaco. De aquí a la politología el trecho es corto: piénsese en sus escritos en favor de la democracia y en los de crítica del comunismo. Después del primer exilio, en 1930, llegó a ser también un internacionalista de fama mundial.

En su bibliografía, los escritos iusfilosóficos ocupan, en cuanto al número, sólo el tercer puesto y, a mi juicio, tienen un origen ocasional. De hecho, Kelsen escribió la primera edición de la *Teoría pura del Derecho* después de la toma del poder por parte de los nacionalsocialistas en Alemania, cuando ya sentía como inevitable su segundo exilio y quería, por tanto, darse a conocer con una obra que tuviese un valor universal, en cuanto no ligada a un Derecho nacional. Sin este impulso externo, la teoría de origen neokantiano, que estaba ya en la base de sus trabajos de Derecho público e internacional, quizás no hubiese encontrado nunca una formulación autóno-

ma. En el fondo, la segunda edición de la *Teoría pura del Derecho*, de 1960, es el desarrollo de los temas de la primera edición de 1934, mientras que sus numerosos artículos iusfilosóficos son puestas a punto, profundizaciones o revisiones, de problemas concretos ya *in nuce* en la teoría concentrada en la *summula* de 1934.

Querría concluir con una invitación a la "kelsenología". Precisamente, la publicación del inédito sobre el Derecho internacional, que muestra a Kelsen polemizando con Campagnolo, me ha hecho constatar hasta qué punto puede ser útil una reconstrucción histórica y filológica del legado publicado e inédito de Kelsen. Este jurista, agudo y de indiscutida honestidad intelectual, fue un testigo directo y con frecuencia privilegiado de años tormentosos, que se reflejan en sus obras en una medida aún por determinar. Muchas de sus publicaciones han sido traducidas al italiano: en esta vía, por ejemplo, Agostino Carrino ha recogido frutos copiosos. La experiencia filológica madurada con la correspondencia de Jhering me induciría a recorrer el mismo camino con los inéditos kelsenianos: pero las cosas son menos simples de lo que pudiera parecer.

En efecto, después de la muerte de Kelsen en 1973, su archivo se ha trasladado de los Estados Unidos a Viena, en donde se ha creado la fundación federal "Hans-Kelsen-Institut", para favorecer la conservación de los documentos y la difusión del pensamiento kelseniano. Pero, inexplicablemente, el archivo es inaccesible desde hace años: por tanto, *se puede hoy ser kelseniano*, pero no es fácil ser "kelsenólogo".

M.A.: *En las anteriores preguntas y contestaciones han surgido, inevitablemente, diversos autores (Bobbio, Kelsen, Jhering) y diversas corrientes iusfilosóficas. ¿Cuál es hoy tu posición, como teórico o filósofo del Derecho, respecto de estas últimas? ¿Qué piensas, en particular, sobre las tres grandes direcciones que hoy parecen ser las más compartidas entre los filósofos del Derecho: el positivismo jurídico (normativista o realista), el iusnaturalismo y las teorías críticas del Derecho?*

M.L.: ¡Temible cuestión! Ahora tendría que precisar cuál es mi metodología, mi *Methodenlehre in nuce*, lo que requeriría un fresco de proporciones miguelangélicas, pero aquí tendré que limitarme a pocas pinceladas de impresionista menor. Por fortuna, la entrevista es un género convivencial. Las respuestas tienen psicológicamente una naturaleza "hablada", aunque de hecho son por escrito, y permiten por tanto una cierta dosis de improvisación y también de imprecisión. Me excuso con el lector; pero una respuesta mínimamente articulada a esta temible cuestión se transformaría en un manual.

Hasta ahora no he escrito un manual o un tratado de filosofía del Derecho, porque no me siento vinculado a *un* método. También desde el punto de vista metodológico soy, así pues, un perro sin collar, un lobo solitario: no por casualidad, cuando contestaba a la primera pregunta, ironizaba sobre mi moderado anarquismo. Esto no significa, sin embargo, que cuando emprendo una investigación no me plantee la cuestión de cómo desarrollarla lo mejor posible, esto es, de cómo describir, explicar y valorar de la manera más exhaustiva posible el objeto del que me ocupo. Simplemente, no creo que exista un único método cuyas formulitas "ben studiate e calibrate" sean de ayuda "per spiegar nel loro intrìco / dal buon Dio fino al lombrico" (como escribía Umberto Eco, si recuerdo bien, a propósito de la *Summa* de Santo Tomás, en su juvenil e inencontrable librito de poemas *Filosofi in libertà*).

La realidad presenta infinitas facetas, y cada una puede ser examinada desde diversos puntos de vista. Estoy convencido de que es imposible que un único instrumento sea adecuado para cada faceta y para cada punto de vista. Un único instrumento sólo es adecuado si se limita mucho el campo de observación; pero de este modo se ponen también límites a la propia curiosidad y a la propia libertad, y estos límites son precisamente los que siempre he rechazado con impaciencia. Mejor la acusación de eclecticismo que la de monotematismo. Mejor vérselas con cientos de métodos en torno a cientos de formas de ver la realidad, que afinar un único método que explica un único fragmento de la realidad. Las dos aproximaciones son científicamente aceptables, no hay ninguna razón determinante por la que uno deba ser preferido al otro. Si he preferido el eclecticismo, y no el monotematismo, es porque desconfío del fontanero que llega con un solo utensilio, mientras que me da seguridad el que llega con una caja de instrumentos.

Es verdad que el observador modifica el objeto observado: la tribu primitiva deja de serlo en el mismo momento en que el primer antropólogo entra en contacto con ella. Pero también es cierto que el objeto de la investigación "habla" a quien lo estudia y termina por dirigirle la investigación. Por lo tanto, se puede iniciar una investigación inspirándose rigurosamente en un único método, para después descubrir el camino haciendo –y aquí está verdaderamente el "descubrimiento"– que ese objeto sea contemplado de manera distinta y que bajo este *regard indiscret* despliegue una mayor riqueza de contenidos. No creo, en suma, que se esté completamente libre de condicionamientos en la elección de un método de investigación y, por tanto, en los resultados a los que se llega. El pensador norteamericano Valdo Emerson comparaba al filósofo con el patinador: en parte va en la dirección elegida, y en parte va a donde le llevan los patines. Tobias Barreto –el germanófilo brasileño al que dediqué el volumen *Un giurista tropicale*– retoma esta imagen, precisando que le era difícil, en Brasil, imaginar a un patinador

sobre el hielo, pero que comprendía bien la metáfora si, en lugar de en los patines, pensaba en una canoa: también el canoista va en parte a donde ha decidido ir, pero en parte a donde lo lleva la corriente.

Esta introducción quiere precisar que yo sigo un método, pero sin volverme su prisionero. Mi método podría ser definido –para usar los términos de la pregunta a la que estoy contestando– como un positivismo realista: volvemos así a aquel "realismo modesto y caritativamente ecléctico" al que me refería en la primera pregunta. Volviendo al tema, me limitaré a unas pocas indicaciones sobre algunos de los problemas fundamentales de la filosofía del Derecho, tratándolos, sin embargo, con una concisión insatisfactoria: sin embargo, como decía poco antes, si quisiera afrontarlos como merecerían, tendría que escribir el manual de filosofía del Derecho que nunca he escrito.

Para los juristas, tanto "positivismo jurídico" como "realismo jurídico" son términos con múltiples significados que, sin embargo, tienen un núcleo común. La ambigüedad de las definiciones corresponde a la flexibilidad del método. Por ejemplo, cuando me ocupo de problemas de las sociedades occidentales contemporáneas, practico un positivismo jurídico bastante estricto: para mí, es Derecho sólo el Derecho puesto –*positum*– del Estado, pero no otro sistema normativo aplicado en ciertos subsistemas de la sociedad. Las reglas de conducta social seguidas por los gitanos, por los socios del Rotary Club, por los Testigos de Jehová o por los que frecuentan la Biblioteca Nacional son para mí normas, pero no normas jurídicas: las estudio, por lo tanto, según un método también realista (antropológico o sociológico) y no según un método únicamente normativista. Mi positivismo se diluye aún más cuando, aún permaneciendo en el ámbito de los Derechos codificados, salgo de Europa y me ocupo de las sentencias alternativas que se refieren a los "Sin Tierra" del Brasil o a las sentencias del Tribunal Constitucional colombiano que reconocen el Derecho indígena como sistema normativo paralelo al Derecho estatal. Mi positivismo se disuelve casi del todo cuando me enfrento con el pluralismo judicial del Togo o el ordenamiento socio-jurídico de los cheyennes.

¿Pero puede un positivismo jurídico que sea "modesto" (esto es, que no pretenda explicar todos los fenómenos jurídicos) y "caritativamente ecléctico" (es decir, abierto a las aportaciones de otras disciplinas, si estas se muestran heurísticamente más fructíferas) seguir siendo definido como positivismo jurídico? Yo creo que sí, al menos en el sentido de que participa de un elemento común a los distintos positivismos: la oposición al iusnaturalismo. Obviamente, también éste se concibe de mil maneras. Aquí me limito a subrayar el elemento conceptual que diferencia al positivismo

jurídico del iusnaturalismo: para el positivismo jurídico, el Derecho es un producto humano.

Obviamente, de esta posición se deriva una separación *conceptual* entre el Derecho y la moral que, sin embargo, no me parece que implique también una división *metodológica* entre los dos campos. Las normas del Derecho positivo europeo incorporan valores morales (o concepciones de la justicia) en todos los niveles: desde los principios constitucionales hasta las normas penales sobre el hurto, desde las normas civiles sobre la propiedad hasta las normas procesales sobre el derecho de defensa del imputado, todo legislador persigue el "bien común" o, al menos, dice o cree perseguirlo. Traduce por tanto en normas jurídicas un valor metajurídico, y un positivismo que quiera explicar lo que sucede en el mundo del Derecho debe tenerlo en cuenta. Baste aquí con evocar como ejemplo el debate sobre la relación entre los derechos humanos (como valores metajurídicos) y los derechos fundamentales del ciudadano (como moral positivizada en normas jurídicas). Cuando se habla de un conflicto entre norma jurídica y moral ello se refiere, en realidad, a un conflicto interno a la moral, esto es, al conflicto entre la concepción originaria del legislador y la del intérprete. Y así llegamos al problema de la interpretación.

En los Derechos occidentales –es decir, en los de Europa Continental y en el *common law*, donde quiera que se hayan adoptado– el Derecho es establecido por el Estado tanto en el nivel general, con las leyes, cuanto en el nivel individual, con las sentencias. Una teoría del Derecho que quiera abarcar todo el ordenamiento debe por tanto tener en cuenta también la interpretación que se da a una cierta norma. También por esta vía entra la moral en el Derecho. Un ejemplo clásico es el código civil alemán, que está en vigor en el imperio guillermino, en la república socialista de Weimar, en el Tercer Reich, en la Alemania del Oeste liberal-democrática y en la Alemania oriental comunista: como señalaba el sociólogo Lawrence Friedman, evidentemente la vida del Derecho se desarrollaba fuera de este código. Un ejemplo más reciente es el artículo de la Constitución brasileña de 1988 que establece el derecho a "una vida digna" para todo ciudadano. Esta norma constitucional se ha convertido en el elemento de conexión entre una cierta moral social y la aplicación de un Derecho positivo inspirado, por el contrario, por una visión distinta de la sociedad: en concreto, los jueces alternativistas brasileños interpretan "creativamente" las normas del Estatuto de la Tierra, emanado bajo la dictadura militar, a la luz de la nueva constitución democrática.

Creo, en suma, que un positivismo jurídico no puede dejar de tener en cuenta también la dimensión política (y, más en general, ética) ínsita en las normas jurídicas cristalizadas en las leyes y en los códigos. En este punto es donde se plantea el problema de la objetividad de la investigación: tanto el

estudioso como la norma estudiada incorporan valores, y los valores aceptados por el primero no están necesariamente en armonía con los de la segunda. Para explicar a fondo la realidad jurídica es necesario, por ello, analizar el origen valorativo (es decir, el fundamento político) de la norma a examen, pero hay también que ser consciente de que el observador mismo es portador de valores que influyen tanto en el análisis como en la valoración de aquella norma. Se necesita por ello exigir del estudioso no tanto una inalcanzable avaloración, cuanto una consciente honestidad intelectual.

Al estudiar a los marginados, por ejemplo, las implicaciones emotivas corren el riesgo de influir en el análisis de los hechos y en la valoración de las normas jurídicas. Una clara (y rara) toma de posición metodológica a este respecto se encuentra en el volumen sobre la situación actual de los gitanos en Europa oriental, publicado en 2002 por Zoltan Barany, de la Universidad de Texas. Barany advierte: "Dadas las condiciones verdaderamente lastimosas en las que vive la mayoría de los gitanos, quien los estudia puede fácilmente perder su objetividad y convertirse *de facto* en un activista gitano", en el sentido de "excederse al enfatizar las ofensas realmente padecidas por los gitanos", ignorando sin embargo al mismo tiempo "las responsabilidades de los gitanos por su valoración social y minimizando los esfuerzos del Estado y de las organizaciones para prestarles asistencia". La actitud científica consiste en no caer en el compromiso emotivo (muy laudable, pero para otros fines) y eventualmente en formular propuestas que el "activista gitano" no tomaría tampoco en consideración: si quieren salir de la situación de inferioridad en la que se encuentran, concluye Barany, los gitanos deben también "realizar un gran esfuerzo por reducir su marginalidad: esfuerzo que alguna vez puede requerir la revisión de antiguas tradiciones romaníes". Una actitud análoga de distanciamiento consciente es, a mi juicio, indispensable también para el teórico del Derecho.

M.A.: *De entre tu amplísima producción, ¿hay alguna obra que destacarías especialmente? ¿Por qué? ¿Cabe hablar de fases o de etapas en tu pensamiento? ¿Cuáles serían? ¿Cuáles consideras que son tus principales aportaciones a la teoría y a la filosofía del Derecho?*

M.L.: Como me ocurre siempre ante un formulario de autovaloración, oscilo entre los dos polos del narcisismo y la autolesión, a la búsqueda de un juicio que no se si coincidirá con el de los lectores.

He escrito mucho porque soy hombre de poca memoria: tengo necesidad de fijar en el papel los documentos que encuentro y los pensamientos que rumio porque, de otra manera, los olvido. Si los olvidara, no sería un gran daño para la humanidad, pero a mí me disgustaría porque, como todo autor, pienso que son útiles para la comunidad científica: sin este componente

narcisista no se escribirían libros. A ello se añade el hecho de que elijo los temas de investigación en base a mi interés y a mi curiosidad, incluso a costa de hacer frente a las críticas de la academia. Y, puesto que no se trata de curiosidades pasajeras, sino de inquietudes más profundas, tiendo a no abandonar nunca los temas afrontados. El resultado es una progresiva dilatación de la esfera de mis intereses y, por tanto, de mis escritos: se añaden siempre nuevos temas, pero nunca se pierden los viejos. A causa de este entrelazamiento de intereses, mis tiempos de realización son con frecuencia larguísimos (baste pensar en la investigación de treinta años sobre la noción de sistema en el Derecho, a la que volveré en seguida); es una lentitud debida no a la pereza, sino a la oclusión.

Es por ello difícil individualizar fases en el arco ya de cuarenta años de mi producción, porque ciertos temas prevalecen, después se atenúan porque otros ganan la delantera, después quizás desaparecen durante algún año y, finalmente, regresan. Entre tanto, he continuado recogiendo, para cada uno de ellos, libros y documentos que, al acabar por estar en mi biblioteca en un orden casual, adquieren una frondosidad amazónica de la que se alimentan los retornos sobre el mismo tema. No pienso tampoco en hacer un catálogo de mi biblioteca: la vida es breve, los libros son muchos, y yo prefiero leer los libros que no catalogo a catalogar los libros que no leo.

Teniendo en cuenta esta estratificación de intereses, indicaré cinco temas (más que fases) en torno a los cuales se condensan mis trabajos. Haré el elenco –por así decir– por fecha de nacimiento, esto es, según un orden aproximadamente cronológico porque cada uno de ellos se añade a los precedentes, pero sin sustituirlos. Los cinco temas son: Kelsen y el positivismo jurídico; Jhering (seguido de las corrientes antiformalistas), que culmina en los tres volúmenes de su correspondencia; la informática jurídica que culmina en los tres volúmenes del *Corso*; los grandes sistemas jurídicos europeos y extraeuropeos; y, finalmente, la noción de "sistema" en el Derecho, que culmina en los tres volúmenes sobre este tema. Otros temas –pero no filosófico-jurídicos y, por tanto, fuera del contexto de esta pregunta– son la política italiana y comunitaria, la historia de las máquinas de cálculo que Fosco Maraini llamaba mi "violon d'Ingrès": la historia de los autómatas. Pero volvamos a los cinco temas iusfilosóficos y a la obra que, para cada uno de ellos, me parece hoy más relevante.

Sobre *Kelsen y el positivismo jurídico* (el primer tema del que me ocupé siendo todavía estudiante) resaltaré tres traducciones[1] y la recopilación

[1] Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino 1966, CIII-418 pp.; Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino 1975, XXXIX-133 pp.; Hans Kelsen, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino 1985, LXV-471 pp.

de mis estudios sobre Kelsen de 1981[2]. Naturalmente, mis investigaciones sobre Kelsen continuaron después de esa fecha: baste con recordar la publicación del inédito kelseniano sobre el Derecho internacional de 1999[3].

Para *Jhering y las corrientes antiformalistas* es relevante, sobre todo, en italiano, la traducción de *El fin en el Derecho*[4] y, en alemán, la edición en tres volúmenes de la correspondencia de Jhering con Gerber, Glaser y Unger[5], que ha sido definida, para este periodo de postguerra, como una de las mayores publicaciones de fuentes para la historia del Derecho alemán. A esta edición y a la amistad de Peter Landau –el historiador del Derecho de la Universidad de Munich en Baviera, sucesor del inolvidable Sten Gagnér– debo el premio Alexander von Humboldt.

En el ámbito de la *informática jurídica* considero que mi escrito más importante son los tres volúmenes del *Corso di informatica giuridica*[6] de 1985-86. Marcaron la conclusión de muchos de mis estudios preparatorios y de experiencias prácticas innovadoras y, en Italia, dieron un fundamento orgánico a la disciplina. De mi interés por la *privacy* ya he hablado antes. En la informática surgen siempre nuevas posibilidades técnicas y, por ello, he renovado constantemente mis temas de investigación: en mis experimentos y en mis escritos, después de los bancos de datos *on line* y de la *privacy*, vinieron los sistemas expertos, los CD-ROM y, hoy, la edición electrónica, el teaching *libraries* y formas específicas de *e-government*. También aquí mi trabajo ha sido más valorado en el extranjero que en Italia: de hecho, debo el doctorado *honoris causa* a la Universidad de Hannover y a la amistad de Wolfgang Kilian que, desde hace dos décadas, dirige el Instituto para la Informática Jurídica.

Mi interés por los *grandes sistemas jurídicos* recibió impulsos precisos de mis viajes extraeuropeos, iniciados con el de Asia a finales de los años sesenta. Para no caer en el puro exotismo jurídico, evité estudiar aspectos extranjeros de Derechos extranjeros (eso pueden hacerlo mejor los propios

---

[2] *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano 1981, 229 pp.

[3] Hans Kelsen–Umberto Campagnolo, *Diritto internazionale e Stato sovrano*, Giuffrè, Milano 1999, XI-402 pp.

[4] Rudolf von Jhering, *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino 1972, CIII-419 pp.

[5] *Der Briefwechsel szwischen Jhering und Gerber*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1984, XXII-693 pp.; *Studien zu Jhering und Gerber*, Verlag Rolf Gremer, Ebelsbach 1984, XXIII-432 pp.; *Der Briefwechsel mit Unger und Glaser*, Aktiv Verlag, Ebelsbach 1996, XIII-337 pp. Estos volúmenes forman parte de la colección Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung de la Universidad de Munich. Fueron anticipados por una traducción italiana (a revisar hoy a la luz del texto alemán): *Carteggio Jhering-Gerber (1849-1872)*, Giuffrè, Milano 1977, LXVII-733 pp.

[6] *Corso di informatica giuridica*, Einaudi, Torino: *Informatica per le scienze sociali*, 1985, XXI-547 pp.; *Il diritto privato dell'informatica*, Einaudi, Torino 1986, IV-348 pp.

extranjeros) y traté de concentrarme en la circulación de las ideas jurídicas europeas fuera de Europa. En 1978, un volumen completó y condensó estas experiencias[7], también en la ola de la reforma que, pocos años antes, había transformado (pero sería más correcto decir: destruido) la universidad italiana.

Escribía, en efecto, en el prefacio a la traducción española de aquel volumen[8]: "Este libro es el fruto tal vez feliz de un momento de la universidad italiana sin duda infeliz". Sin embargo, continuaba, "enseñar en una atmósfera de este tipo produce desconsuelo", pero produce también "una serie de problemas prácticos que, desconsolado o no, hay que resolver": mis estudiantes venían de las más heterogéneas escuelas secundarias y, además, tenían escasas nociones jurídicas (si eran estudiantes de ciencia política) o bien de historia y de política (si eran estudiantes de Derecho): "por ello decidí redactar un manual que les ofreciera un panorama del Derecho, supliendo así en cierta medida las carencias de su *curriculum* de estudios universitarios". Pero al prepararme para ese trabajo de peonaje académico "me asaltó el viejo deseo [...] de escribir una teoría *verdaderamente* general del Derecho, es decir, una teoría que se fundara sobre todos los sistemas jurídicos". Puesto que no podía "afrontar esa tarea grandiosa en una universidad inexistente", "la estructura definitiva del volumen tomó forma en un nevado febrero bávaro", en la Bayerische Staatsbibliotek en la que trabajo desde hace más de treinta años y en la que me siento –como he escrito en un ímpetu de bibliotecofilia– "wie eine Maus in Parmesankäse", como un ratón dentro de un queso parmesano.

En fin, las investigaciones sobre la *noción de "sistema" en el Derecho* me fueron confiadas por Bobbio en los años sesenta, pero sólo las completé con los tres volúmenes publicados después de 2000[9], confirmando así mi constante fidelidad a los proyectos, pero no una gran rapidez en su realización. En el prefacio al primer volumen trataba de explicar así la génesis y el método de toda la investigación: "El presente libro no es ni el ininterrumpido trabajo de décadas, ni una reanudación después de una larga interrupción, sino una vía intermedia: aunque atraído por temas distintos del de sistema, he continuado ocupándome de él en una serie de investigaciones sectoriales que han preparado el segundo y el tercer volumen. Ya en el primer volu-

---

[7] *I grandi sistemi giuridici. Introduzione ai diritti europei ed extraeuropei* [tercera edición ampliada], Laterza, Roma-Bari 2000, XIX-550 pp.

[8] *Los grandes sistemas jurídicos. Introducción al Derecho europeo y extranjero*. Versión castellana de Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid 1981, p. 12 y s.

[9] *Sistema e struttura nel diritto*, Giuffrè, Milano 2002: Vol. 1: *Dalle origini alla Scuola storica*, XXIX-373 pp.; Vol. 2: *Il Novecento*, XVIII-311 pp.; Vol. 3: *Dal Novecento alla postmodernità*, XVIII-371 pp.

men había indicado la línea de investigación que trataba de seguir en los siguientes: obviamente, en el curso de tres décadas me he apartado de ello, pero no demasiado, y el índice actual no está, pues, muy lejos del plan original[10]. Pero la evolución del pensamiento sistemático en el Derecho no es tanto el tema para una monografía, cuanto una clave de lectura para afrontar toda la historia del pensamiento jurídico: y la vastedad impone elecciones. Contemplando la floresta de la ciencia, hay quien se ocupa de las hojas y no ve ya la vastedad del bosque, y hay quien se ocupa del bosque y no ve ya la variedad de las hojas. Yo trato, por el contrario, de seguir un sendero que, de árbol en árbol, atraviesa el bosque y, de cuando en cuando, me paro a mirar alguna hoja que me parece atractiva". (vol I, p. XXI). Pero para el que es curioso, las "hojas atractivas" son infinitas y, así, en la preparación de la traducción española de los tres volúmenes, estoy pensando ya en una serie de profundizaciones.

Como se ve, mi aportación a la filosofía y a la teoría jurídicas se caracteriza por el predominio de la aproximación histórica respecto a la analítica. Si tuviera que sintetizar al máximo los puntos que me parecen centrales en mi trabajo, indicaría la *historia del pensamiento jurídico* (es decir, las traducciones de algunos textos clásicos, la publicación de inéditos, así como el análisis de algunos conceptos centrales en Kelsen, Jhering y Hohfeld) y la *dimensión jurídica del actual multiculturalismo* (es decir, los escritos sobre los grandes sistemas jurídicos y sobre la circulación de las ideas jurídicas europeas fuera de Europa). A ello añadiría –como aportación innovadora a la noción clásica de filosofía y teoría del Derecho– la aportación a la fundación y a la delimitación disciplinar de la *informática jurídica* y del *Derecho de la informática*, desde su inicial separación del tronco central de las disciplinas jurídicas hasta su institucionalización también universitaria. Hoy las agrupaciones ministeriales de las disciplinas (las que sirven para los concursos de cátedras) incluyen en el mismo grupo la filosofía del Derecho, la teoría del Derecho y la informática jurídica.

En estas décadas de estudio, siempre he visto mi presente como el momento en el que el pasado, sobre todo del XIX y del XX, entra en contacto con el futuro tecnológico. Nada de nuevo, en el fondo: ya Ovidio decía "*laudamus veteres sed nostris utimur annis*".

M.A.: *Para terminar la entrevista, me gustaría hacerte dos preguntas: una mira hacia el pasado, y la otra hacia el futuro. Hacia el pasado.*

---

[10] "El proyecto de la investigación [entonces futura, hoy realizada (aunque a grandes líneas)] está delineado con juvenil imprudencia en la *Introducción*, en Losano, *Sistema e struttura nel diritto* (1968), pp. XXV-XXXI".

Imagina que dispusiéramos de una máquina del tiempo y que pudiéramos enviarte, digamos, al momento en que terminaste tus estudios de Derecho: ¿Volverías a ocuparte de lo mismo de lo que te has ocupado? ¿Habrías elegido seguir una carrera universitaria y, en concreto, en el ámbito de la filosofía del Derecho? Hacia el futuro: ¿Cuáles son tus proyectos de trabajo intelectual para los próximos años? Aunque resulte impertinente, o extraño, planteárselo a alguien tan prolífico como tu: ¿hay algún libro que habrías querido escribir y que (aún) no has escrito?

M.L.: La elección de la filosofía del Derecho fue una elección querida al principio con algunas inseguridades y, después, radicalizada por los acontecimientos. Como para el patinador de Emerson o el canoista de Barreto, había elegido la dirección, pero los azares de la vida se habían encargado después de determinar el itinerario concreto. Acosado entre el interés por las ideas y la pasión por la realidad, en el momento de la tesis de doctorado *no* había aún decidido con precisión la disciplina a la que dedicarme en el futuro: estaba dividido entre las grandes ideas políticas y su concreta aplicación social. De ello resultó una tesis híbrida de Derecho constitucional (*La concepción de la constitución en las democracias populares*) dividida en dos volúmenes: el primero sobre la teoría del Derecho y del Estado en Marx y Engels (dirigida por Bobbio y publicada después en 1969) y el segundo, de análisis jurídico de esas constituciones. En 1962 me licencié en Derecho constitucional con el socialista Franco Pierandrei, con el cual habría tenido que continuar mi anfibia carrera académica.

Pero el destino decidió de otra manera: pocos días después de mi examen de licenciatura, Pierandrei murió de repente en las pistas de esquí en el Valle de Susa y yo me encontré "adéspotos". Para ocupar la cátedra en Turín se llamó al óptimo constitucionalista Leopoldo Elia, democristiano destinado a una brillante carrera. La cátedra de Bobbio estaba ya llena. Puesto que en esos años las identidades ideológicas trazaban barreras netas, en la universidad no me quedaban muchas oportunidades.

Trabajé por ello fuera de la universidad. En 1963, entré en el despacho de estudios del Istituto Finanziario Industriale, la sociedad financiera de la familia Agnelli; desde 1964 pasé a la editorial Einaudi. Recuerdo con gratitud el año transcurrido en el grupo Fiat, porque tuvo un peso decisivo en mi formación: me permitió vivir desde dentro el capitalismo, corrigiendo algunos aspectos de mi radicalismo juvenil. Trataba con capitalistas que aprendí a apreciar por su preparación profesional y su disponibilidad humana: no eran ciertamente los hombres obesos que la revista soviética "Krokodil" representaba con frac y bombín, escribiendo debajo "kapitalist" para no dejar dudas al lector proletario. Si, por un lado, ese año reforzó mis

convicciones reformistas, por otro lado, me hizo también conocer las inevitables disfunciones de la economía privada. Las encontraría luego, en los años posteriores, también en aquella anómala sociedad por aciones que era la Einaudi de sus años de oro: recuerdo a un Raffaele Mattioli, el banquero humanista de la Banca Commerciale Italiana, que salía desconsolado del despacho de Giulio Bollati diciendo: "La empresa está quebrada, la empresa está quebrada"; sin embargo, con razón, Ernesto Ferrero, al escribir sus recuerdos sobre estos años, los ha titulado *Los mejores años de nuestra vida*. Gracias a esta vacunación en el sector privado, en las décadas transcurridas en la universidad pública fui menos propenso a mitificar la economía privada, que era contemplada por muchos colegas como un inalcanzable modelo de perfección de eficiencia.

Paralelamente al trabajo en la empresa, continuaba estudiando –no sin desviaciones hacia el ámbito literario. Sin embargo, los años entre 1963 y 1966 me habrían llevado definitivamente fuera de la órbita universitaria si, en 1966, el Kelsen traducido años antes no hubiese sido finalmente publicado. En ese mismo año, con un inolvidable gesto de gran amistad, Amedeo G. Conte– que acababa de ser nombrado catedrático en Pavía– me nombró su ayudante voluntario en esa universidad. Entre tanto, fue a visitarme a Turín Renato Treves, que quería hablarme de la reedición del libro de Kelsen, traducido por él en 1934. Todavía lo veo en mi casa, cuando concluyó la conversación sobre nuestros proyectos kelsenianos con la pregunta: "¿Por qué no viene conmigo a la Universidad de Milán?". Volvía así, gracias a Conte y a Treves, a la carrera del estudio. Pero fue una carrera anómala.

De hecho, me convertí de repente en profesor encargado, sin haber sido anteriormente ayudante de cátedra. Cuando Bobbio me nombró su ayudante de cátedra, por tanto, yo ya era profesor en Milán: esta anomalía turbó tan profundamente a la administración universitaria, que las oficinas dejaron de pagarme el sueldo. Tuve que irme por casi dos años a la Yale Law School a la espera de que el orden contable fuese restablecido. La elección por la filosofía del Derecho estaba ya más que consolidada, aun cuando me resultaba claro que la universidad y yo tendríamos que actuar siempre según esquemas mentales asimétricos. Mi escaso sentido de la academia se manifestó todavía en 1976, cuando gané el concurso para catedrático en la Italia meridional. Puesto que esa situación geográfica habría hecho difíciles los contactos con Alemania e imposible la edición de la correspondencia de Jhering, ante la consternación de los amigos, renuncié a ser catedrático y permanecí en Milán como profesor asociado. Allí gané después un segundo concurso para catedrático en 1986. Creo por ello que soy el único "catedrático al cuadrado" entre los docentes italianos.

En conclusión, mi interés por la filosofía del Derecho estuvo bastante claro desde el comienzo, aunque con las oscilaciones debidas a mi dispersa curiosidad intelectual y a los imprevisibles azares de la vida. En particular, las oportunidades interdisciplinarias ínsitas en la filosofía del Derecho me han permitido siempre seguir con mis curiosidades. A veces justifico mis investigaciones más *extravagantes* con la tesis medio seria de que la filosofía del Derecho no es una disciplina, sino una cátedra desde la que se puede enseñar prácticamente todo.

Si se limita a la secuencia de los eventos, mi vida académica puede parecer un aglomerado de excentricidades. Para ver el plan general es necesario remontarse a los grandes axiomas que rigen incluso las pequeñas vidas, aunque ello me obligue a hacer filosofía en píldoras, como ya ha sucedido hace poco al exponer mi visión del Derecho. En mi vida, las decisiones se organizan, en el fondo, en torno a tres nudos (o axiomas, en el sentido de que los considero como "dados", innatos, no demostrados): el pensamiento de la muerte, el deseo de saber y el rechazo del poder.

El pensamiento de la muerte es una presencia constante pero no dramática desde la juventud: nunca lo he experimentado como el epílogo de los dolores del joven Werther, sino como "nuestra corporal hermana muerte", de la que San Francisco da gracias a Dios, y como la única certeza de la vida humana. Esta presencia vuelve todo relativo, pero no en el sentido de volverla prescindible: mas bien, todo adquiere importancia porque no puede saberse si al hoy le seguirá un mañana. Se explica así mi anómalo estilo de trabajo: planifico como si fuese eterno, pero trabajo como si tuviese que morir mañana. Antonio Machado ha captado el aspecto más hondo de la contradicción entre la infinidad del saber y la limitación de la vida: "Si tengo que morir / poco me importa aprender. / Y si no puedo saber, / poco me importa vivir". Pero de hecho prevalece la vida como única posible vía hacia el saber. Mi actitud reproduce así, en cierta medida, la contradicción del protestante que cree en la predestinación, pero trabaja duro para demostrar que ha sido elegido por Dios.

El deseo de saber es para mí una actitud mental totalizadora y sagrada. Por esto, siempre lo he considerado incompatible con cualquier otra actividad. Ni siquiera la carrera académica puede hacerla pasar a un segundo plano, como lo demuestra mi vicisitud de "catedrático al cuadrado". Me mueve el resorte de conocer e, inmediatamente después, de fijar por escrito lo que he podido aprender: mañana podría ya no estar. No puedo, por el contrario, ser un filósofo (en el sentido etimológico: amigo del saber) de dedicación a medias, fragmentando en actividades diversas mi tiempo ya tan limitado: por tanto, en mi actuar no hay espacio ni para otras profesiones, ni para la

persecución de la riqueza, ni para la búsqueda de un poder incluso mínimo, como el académico.

En fin, creo que el rechazo del poder es una peculiaridad mía que me pone en una situación de falta de sintonía con la sociedad actual, aturdida por el mito del éxito y, por ello, poseída por el demonio del poder. El poder consiste en la posibilidad de decir a los otros lo que deben hacer, teniendo los medios para obligarlos a obedecer incluso cuando no lo quieran. La conquista del poder propio se paga en términos de libertad (porque se debe descender a pactar con quien es más poderoso) y de tiempo (porque hay que dedicarse a maniobrar para alcanzar, también oblicuamente, el objetivo propio). Puesto que yo deseo tener la libertad total en la búsqueda del saber, y al saber pretendo dedicarle todo el tiempo, me falta del todo el sentido del poder. Esta libertad me ha costado la marginación en mi ex universidad milanesa, dominada más por intrigas de mafiosilllos que por cenáculos de sabios: quien no es un potencial miembro de tribunal en los concursos futuros o un repartidor de fondos no cuenta nada. Habría podido descender a ese mismo terreno, a los habituales ajustes de cuentas entre bandas académicas rivales: ¡pero qué inútil pérdida de tiempo habría sido!

La renuncia al poder tiene la maravillosa capacidad de preservar la pureza de la amistad, otro valor sagrado en mi vida. La amistad entre personas que se unen no por razones de poder son duraderas, porque están fundadas únicamente sobre elecciones afectivas. Además, la elección afectiva no exige que mis amigos hayan también renunciado al poder: cada uno acepta al otro por lo que es. Antes bien, para quien no tienen ningún poder es hermoso tener amigos que hacen carrera.

M.A.: *¿Y qué me dices con respecto al futuro?*

M.L.: Para el futuro he trazado planes como si fuera eterno, con la seguridad de que no llegaré a realizarlos: esta es mi estructura mental que he tratado de explicar poco antes. Como mis colinas en las tardes de verano, estas futuras aventuras intelectuales se dibujan en el horizonte en una sucesión de colores cada vez más difuminados: las más próximas se destacan intensamente azules contra el cielo, mientras que el pálido celeste de las últimas se confunde con el horizonte.

Algunos libros son ya visibles, justamente como las colinas más próximas. El manuscrito del libro sobre el "Movimiento de los Sin Tierra" en Brasil está terminado y se coloca en el surco de los intereses nacidos con Jhering y continuados con las investigaciones sobre el antiformalismo y, en particular, sobre el Derecho alternativo El interés por los Sin Tierra ha nacido justamente de la constatación de que muchas sentencias "creativas" brasileñas nacían para hacer justicia a estos desheredados. De los Sin Tierra

estoy pasando a los indios, porque los designios benévolos pero abstractos de un lejano gobierno central –a pesar de las esperanzas depositadas en un gobierno que se reclama del Partido de los Trabajadores y está guiado por Lula, ídolo caído hoy sin embargo por tierra– están provocando pequeñas guerras locales entre pobres, en las cuales los indios y los Sin Tierra se disputan los campos no ocupados por los latifundios.

El próximo año meteré mano al libro sobre la modernización jurídica en Turquía, que ya ha tenido dos ediciones en 1980 y 1985, esta última también con una reimpresión en 1990. El volumen había nacido de una curiosidad mía asiática: ¿por qué la occidentalización, me preguntaba, ha dado frutos espectaculares en Japón, pero no en Turquía? Hoy vuelvo a ello, en la onda de una inquietud europea y balcánica: ¿hasta qué punto, me estoy preguntando, la especificidad turca es compatible con la pretendida homogeneidad de la Europa comunitaria? ¿Por qué Turquía venía desde luego bien para la OTAN, pero nunca viene bien para la Unión Europea? La razón de que Turquía no está "en Europa" es inconsistente,

porque tampoco la baña el "Atlántico Norte" al que se refiere el Tratado de cuya organización ya forma parte. Estoy además casi seguro de que esta Europa de contornos tan elásticos me llevará de nuevo a los estudios balcánicos, desde el momento en que Bulgaria y Rumania están por entrar en la Unión Europea, quizás ya en 2007.

Yendo más allá, los contornos del panorama se vuelven más inciertos. En mis planes a larguísimo plazo está una "breve" Historia del Derecho en América latina, para la cual he escrito alguna investigación sectorial y creado una plataforma didáctica. Cuanto más pasa el tiempo, más tengo la impresión de que ese libro no es una meta alcanzable, sino una imagen de Fata Morgana que se aleja a medida que me aproximo.

Por otro lado, no puedo excluir que las incursiones en los diversos campos de las ciencias sociales y de la informática, los acontecimientos externos o los proyectos editoriales me comprometan en actividades en las que hoy no pienso. Lo que es cierto es que hay actividades que no realizaré más o libros que nunca escribiré, porque algunas elecciones vitales de carácter irrevocable las han apartado definitivamente de mi campo de acción. En los años de la adolescencia me tentaba la biología; en los de las inseguridades después de la tesis, la literatura. Hoy se que no escribiré una novela. Tampoco habrá, en los libros de los biólogos, un pececito asiático o una mariposa amazónica que a su nombre añada el apelativo *Losanii*. Ser joven quiere decir poder elegir, y hoy muchas elecciones están irreversiblemente hechas. Lo que he podido hacer está hecho y lo que no ha sido hecho quizás no se haga ya, aunque no esté dicha la última palabra: según proverbio italiano, "mientras hay vida hay esperanza".

Sin embargo, no sólo hay ciencia y libros. También están los sentimientos, las emociones, las impresiones, los lugares del corazón: el impalpable tejido de los recuerdos. Frecuentemente, en sus últimos años, Bobbio me repetía que el paso del tiempo dilata el espacio de los recuerdos y que, mientras el futuro se reduce, el pasado se dilata. Con frecuencia me digo que sería una lástima que mis recuerdos se perdieran cuando yo ya no esté para recordarlos. El saber se salva con los libros; ¿pero los recuerdos? Quien sabe si los recuerdos existen sin quien los recuerda: aunque sea una utopía, sería confortante una recuerdoteca que guardara todos los recuerdos de todos. Sin embargo, aunque la literatura y la poesía asumen en parte esta función, el resto de los recuerdos resulta irremediablemente perdido. Es de nuevo Antonio Machado quien ha encontrado las palabras para expresar este sentimiento: "Cuando recordar no pueda / ¿dónde mi recuerdo irá/ Una cosa es el recuerdo / y otra cosa recordar".

(Trad. de Manuel Atienza)

REGLAS PARA LA PUBLICACIÓN DE TRABAJOS EN DOXA

1. CORRESPONDENCIA. Los originales se remitirán a:

Manuel Atienza
Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de Alicante
Aptdo. Correos 99
E-03080 Alicante
España
e-mail: doxa@ua.es

2. COPIAS. El original deberá ir acompañado de una fotocopia y de una versión en diskette, en WP o en Word.

3. EXTENSIÓN DE LOS TRABAJOS. Para la sección de artículos, la extensión recomendada es de 25 a 30 páginas a doble espacio. En ningún caso se aceptarán originales que superen el límite de las 45 páginas. Para la sección de notas, la extensión recomendada es de 15 a 20 páginas a doble espacio y en ningún caso se aceptarán originales que superen el límite máximo de 30 páginas.

4. ABSTRACT. Los trabajos deberán ir precedidas por dos abstracts (uno en español y otro en inglés) de una extensión no superior a 10 líneas.

5. ACEPTACIÓN. La redacción de la revista dará acuse de recibo de los trabajos que le lleguen y los pasará a informe confidencial. El resultado de los informes se comunicará a los interesados y sólo podrá ser uno de los siguientes:

– Aceptación del trabajo.

– Aceptación condicionada a una adaptación de la extensión del trabajo.

– No aceptación del trabajo.

6. PUBLICACIÓN. Los trabajos aceptados pasarán a formar parte del fondo de la revista, la cual se compromete a su publicación. La redacción tomará de dicho fondo los trabajos que conformarán cada número. Una vez cerrado un número, lo comunicará a los autores cuyos trabajos vayan a aparecer en él.

7. EJEMPLARES. Una vez que el número haya sido publicado, se enviará a cada autor dos ejemplares del mismo y 45 separatas. En aquellos casos en que la redacción decida unir en una única separata varios artículos (por constituir una unidad; por ejemplo, una polémica) se procederá al reparto de la misma entre los diversos autores.

D O X A
CUADERNOS DE FILOSOFÍA DEL DERECHO

Ed. Seminario de Filosofía del Derecho de la Universidad de Alicante
y Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

(A estos precios se ha de añadir 4% de IVA)

Nº 1, 1984, 275 págs., agotado.
Nº 2, 1985, 247 + 46 págs., agotado.
Nº 3, 1986, 329 + 6X págs., agotado.
Nº 4, 1987, 429 + 88 págs., 24,04 euros.
Nº 5, 1988, 361 + 43 págs., 30,05 euros.
Nº 6, 1989, 550 págs., 33,06 euros.
Nº 7, 1990, 352 págs., 24,04 euros.
Nº 8, 1990, 332 págs., 24,04 euros.
Nº 9, 1991, 344 págs., 27,05 euros.
Nº 10, 1991, 358 págs., 30,05 euros.
Nº 11, 1992, 323 págs., 30,05 euros.
Nº 12, 1992, 392 págs., 30,05 euros.
Nº 13, 1993, 356 págs., 30,05 euros.
Nº 14, 1993, 513 págs., 33,06 euros.
Nº 15-16, 1994, 1.060 págs., Volumen I: 36,06 euros; Volumen II: 36,06 euros.
Nº 17-18, 1995, 520 págs., 36,06 euros.
Nº 19, 1996, 458 págs., 36,06 euros.
Nº 20, 1997, 505 págs., 36,06 euros.
Nº 21 (Volumen I y II), 1998, 938 págs., 36,06 euros.
Nº 22, 1999, 676 págs., 36,06 euros.
Nº 23, 2000, 776 págs. 36,06 euros.
Nº 24, 2001, 36,06 euros.
Nº. 25, 2002, 36,06 euros.

Secciones: I. *Alessandro Baratta* (Paolo Becchi). **II.** *Problemas de filosofía moral y política* (Martín D. Farrell, Paolo Becchi, Rafael Alcácer Guirao, Antonio-Enrique Pérez Luño, Xacobe Bastida Freixedo, Rex Martin). **III**. *Sobre el positivismo jurídico* (Liborio Hierro, Tom Campbell, Luis Manuel Sánchez Fernández). **IV.** *Artículos* (Ulises Schmill O., Isabel Lifante Vidal, María Inés Pazos, Victoria Roca Pérez, Enrique P. Haba, Gunther Teubner, Guillermo Lariguet, François Ost). **V.** *Notas* (José Juan Moreso, Ricardo Víctor Guarinoni, Andrea Greppi, Rubém Ortega Cotarelo, César Arjona, Carlos Cossio). **VI.** *Entrevis*ta a José Delgado Pinto (Miguel Ángel Rodilla). **VII.** *Bibliografía* (Hugo Ortiz).

Nº. 26, 2003, 36,06 euros.

Secciones: I. *George Hendrik von Wright* (Daniel González Lagier, Georg Henrik von Wright, Eugenio Bulygin, Jorge Rodríguez, Carlos Alarcón Cabrera, Pablo Navarro, José Juan Moreso, Cristina Redondo). **II.** *Robert Alexy y la filosofía del Derecho* (Robert Alexy, Rodolfo Vigo, Carlos Bernal Pulido). **III**. *Artículos (*Horacio Spector, Luc J. Wintgens, Josep Aguiló Regla, Fernando Atria, Mª. Lourdes Santos Pérez, César Arjona, Ángeles Ródenas, Liborio Hierro, Ricardo García Manrique, José Carlos Munielo Cobo, Stanley L. Paulson, Ulises Schmill, Brian Bix, Daniel González Lagier, Tecla Mazzarese). **IV.** *Notas* (Manuel Atienza, Juan Ruiz Manero, Victoria Roca, Macario Alemany, Federico Fernández-Crehuet, Aylton Barbieri Durao, Ángel Pelayo González-Torre, Oscar Moro Abadía, Enrique P. Haba). **V.** *Entrevista a Ricardo Guibourg* (Manuel Atienza). **VI.** *Bibliografía* (Leopoldo Gama, Victoria Roca Pérez).

Nº. 27, 2004, 36,06 euros.

Secciones: I. *El futuro del positivismo jurídico* (Eugenio Bulygin, Tom Campbell, José Juan Moreso, Tomasz Gizbert-Studnicki, Tomasz Pietrzykowski, Fernando Atria). **II.** *A propósito de los derechos humanos* (Marcelo Neves, Marcelo Alegre, Gloria Lopera). **III**. *Artículos* (Riccardo Guastini, Luis Vega Reñón, Guillermo Lariguet, Idowu W. William, Minor E. Salas, Hernán Bouvier). **IV.** *Notas* (L. Ferrajoli, Enrique P. Haba, Isabel Trujillo). **V.** *Entrevista a Riccardo Guastini* (Manuel Atienza).

Muy Sres. míos / *Dear Sirs:*

a) Ruego me remitan los siguientes números de DOXA/

a) Please send me the following issues of DOXA:

Nº	Año/*Year*	Nº de ejemplares / *No. of copies*
4	1987	.....
5	1988	.....
6	1989	.....
7	1990	.....
8	1990	.....
9	1991	.....
10	1991	.....
11	1992	.....
12	1992	.....
13	1993	.....
14	1993	.....
15-16	1994	.....
17-18	1995	.....
19	1996	.....
20	1997	.....
21	1998	.....
22	1999	.....
23	2000	.....
24	2001	.....
25	2002	.....
26	2003	.....
27	2004	.....
28	2005	.....

b) Ruego me suscriban para los próximos números de DOXA/

b) Please subscribe me to the next issues of DOXA:

Nombre / *Name* .....

.....

Profesión / *Profession* .....

.....

Dirección / *Address*.....

.....

Localidad / *City* .....

.....

País / *Country* .....

.....

Fecha y firma / *Date and Signature*.....

Remitir a: Marcial Pons
Agencia de suscripciones
c/ San Sotero, 6
28037 Madrid - ESPAÑA
Teléfono 913 043 303 - Fax 913 272 367

Norberto Bobbio y la filosofía del Derecho contemporánea
Luigi Ferrajoli:
Derecho y democracia en el pensamiento de Norberto Bobbio
Elías Díaz:
Norberto Bobbio: La responsabilidad del intelectual
Michelangelo Bovero:
Norberto Bobbio, profesor
Alfonso Ruiz Miguel:
Del Derecho al poder: el camino central de la obra de Norberto Bobbio
Richard Bellamy:
Norberto Bobbio: Estado de Derecho y democracia
Celso Lafer:
Bobbio y el holocausto. Un capítulo de su reflexión sobre los Derechos Humanos: el texto Quindici anni dopo y sus desdoblamientos

Racionalidad y estándares de prueba
Jordi Ferrer Beltrán:
Presentación
Larry Laudan:
Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar
Michele Taruffo:
Tres observaciones sobre "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar" de Larry Laudan
Marina Gascón:
Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos
Juan Igartua Salaverría:
Prolongaciones a partir de Laudan
Larry Laudan:
Una breve réplica

Artículos
Mario G. Losano:
Derecho turbulento. En busca de nuevos paradigmas en las relaciones entre derechos nacionales y normativas supraestatales
Miguel Angel Rodilla:
Dinamismo y coactividad. Sobre una incongruencia en la Teoría Pura del Derecho
José Manuel Cabra:
El concepto de Derecho y el argumento de la relevancia práctica
Gema Marcilla:
Desregulación, Estado social y proceso de globalización
Macario Alemany:
Concepto y fundamentación del paternalismo jurídico

Notas
Frederick Schauer:
La categorización, en el Derecho y en el mundo
Antonio Martino:
El Digesto jurídico argentino. Una obra monumental
Josep Aguiló:
Tres cuestiones sobre principios y directrices
Juan Ruiz Manero:
Principios, objetivos y derechos. Otra vuelta de tuerca

Entrevista
Manuel Atienza:
Entrevista a Mario G. Losano